Die Bedeutung des Grundsatzes der Gleichheit im liberalen und im neuen Staatsrecht

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Arno Lungwitz

Gerichtsreferendar aus Kiel

Marburg 1937

Die Bedeutung des Grundsatzes der Gleichheit im liberalen und im neuen Staatsrecht

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Arno Lungwitz

Gerichtsreferendar aus Kiel

Marburg 1937

Buchdruckerei „Silesia", Berlin NO 55, Marienburger Straße 28

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät.
Angenommen am 28. November 1936.

1. Berichterstatter: Prof. Dr. L. Zimmerl.
2. „ : Reichsminister a. D. Prof. Dr. Viktor Bredt.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung

Seite

Einleitung 1
Schrifttum V

I. Die geschichtliche Entwicklung des Gleichheitsgedankens 3

II. Der Gleichheitsbegriff in den modernen Verfassungen 8

1. Der Gleichheitsgedanke in den außerdeutschen Verfassungen 8
2. Der Geltungsbereich des Gleichheitssatzes in der Weimarer Verfassung 12

III. Liberaler Gleichheitsbegriff, Gerechtigkeit und Rechtsstaat 23

IV. Der Gleichheitsbegriff im deutschen Führerstaat 31

1. Der Einfluß der nationalen Revolution von 1933 auf den zweiten Teil der Weimarer Verfassung und den Artikel 109 Absatz I RV 31
2. Der Gleichheitsrechtssatz und der deutsche Führerstaat . . 37
3. Die Gleichheit vor dem Gesetz im nationalsozialistischen Rechtsstaat 41

Schrifttum.

Adamovich: Grundriß des österreichischen Staatsrechts. 3. Aufl. 1935.

Aldag: Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung. Kieler Dissertation. 1925.

Anschütz: Kommentar zur preußischen Verfassungsurkunde. 1912.

Anschütz: Kommentar zur Verfassung des Deutschen Reiches. 14. Aufl. 1932/33.

Archiv des öffentlichen Rechts, Neue Folge.

Binder: Die Gerechtigkeit als Lebensprinzip des Staates. 1926.

Binderwalt: Der Gleichheitsgedanke im Rechtsstaat der Gegenwart. 1931.

Dicey: Intreduction to the Study of the law of the Constitution. 8. Aufl. London 1923.

Dix: Das Grundrecht der Gleichheit und die Rechtsetzung. Marburger Dissertation. 1931.

Duguit: Traité de Droit Constitutionel. 2. Edition. Bd. I, III. 1921/23.

Fleiner: Institution des deutschen Verwaltungsrechts. 1928.

Fleiner: Schweizerisches Bundesstaatsrecht. 1923.

Gebhard: Verfassung und Verwaltung des Deutschen Reiches nebst wichtigen Nebengesetzen. 1912.

Gerber: Gesetz und Verfassung. Ztschr. für Ostrecht. S. 1 ff. 1921.

Giese: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. 8. 1919. 7. Aufl. 1926. 8. Aufl. 1931.

Hatschek*): Deutsches und preußisches Staatsrecht, Bd. 1. 1922.

Hensel*): Grundrechte und Rechtsprechung in der Festgabe für das Reichsgericht. Bd. 1, S. 1 ff. 1929.

Herrfahrdt: Die Verfassungsgesetze des nationalsozialistischen Staates dem Text der Weimarer Verfassung gegenübergestellt. Marburg 1935.

v. Hippel: Zur Auslegung des Artikel 109 I RV. in Arch. öff. R. N. F. 10, S. 124 ff. 1926.

Huber: Bedeutungswandel der Grundrechte im Archiv des öffentlichen Rechts. N. F. Bd. 23, S. 1 ff. 1933.

Jahrreiß: Die staatsbürgerliche Gleichheit im Handbuch des deutschen Staatsrechts, hrsg. von Anschütz und Thoma, § 103, Bd. II. 1932.

J. W.: Juristische Wochenschrift.

Kaufmann*): Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der RV., in Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 3, S. 2 ff. 1927.

Kier: Volk, Rasse und Staat in Frank NS.-Handbuch für Recht und Gesetzgebung, S. 17 ff. 1935.

Klouverkorn: Die Entstehung der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. 1911.

Koellreutter: Deutsches Verfassungsrecht. Ein Grundriß. 2. Aufl. 1936.

Koellreutter: Grundriß der allgemeinen Staatslehre. 1933.

Leibholz*): Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage. 1925.

Leibholz*): Die Gleichheit vor dem Gesetz. Ein Nachwort zur Auslegung des Artikel 109 I RV. in Arch. öff. R. N. F. 12, S. 1 ff. 1927.

Leibholz u. Redlich*): Gutachten vor dem 5. deutschen Juristentag in der Tschechoslowakei. 1931.

Mainzer: Gleichheit vor dem Gesetz, Gerechtigkeit und Recht. 1929.

Medicus: Die Gleichschaltungsgesetze in Frank NS.-Handbuch für Recht und Gesetzgebung, S. 346 ff. 1935.

Nawiawski*): Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Artikel 109 RV. in den Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 3, S. 25 ff. 1927.

Pfundner: Die Quellen der geltenden Verfassung in Frank NS.-Handbuch für Recht und Gesetzgebung, S. 331 ff. 1935.

Poetzsch-Hefter: Vom deutschen Staatsleben vom 30. Jan. bis 31. Dez. 1933 in Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Bd. 22, S. 1 ff. 1935.

RGZ.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Scheuner: Die nationale Revolution. Eine staatsrechtliche Untersuchung in Arch. öff. R. N. F., Bd. 24, S. 166 ff., 261 ff. 1934.

Schmitt, Carl: Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz, Gewährleistung des Privateigentums in der Weimarer Verfassung. 1926.

Schmitt, Carl: Verfassungslehre. 1928.

Schmitt, Carl: Der Rechtsstaat in Frank NS.-Handbuch für Recht und Gesetzgebung, S. 3 ff. 1935.

Schöne: Richter und Rechtspflege im neuen Staat. In Arch. öff. R. N. F. 25, S. 265 ff. 1934.

Smend: Verfassung und Verfassungsrecht. 1928.

Stammber: Die Lehre vom richtigen Recht. 1926.

Stier-Somlo*): Artikel 109, Gleichheit vor dem Gesetz, in Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum 2. Teil der RV. Hrsg. von Nipperdey, Bd. 1. 1929.

Thoma: Grundrechte und Polizeigewalt in der Festgabe für das preußische Oberverwaltungsgericht, S. 217 ff. 1925.

Thoma: Die juristische Bedeutung der Grundrechtssätze in der RV. im Allgemeinen in Nipperdeys Kommentar zum 2. Teil der RV., Bd. 1. 1929.

Triepel: Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien. 1924.

Ule: Ueber die Auslegung der Grundrechte in Arch. öff. R. N. F., Bd. 21, S. 37 ff. 1932.

Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer.

*) Die mit dem Stern versehenen Schriftsteller sind Nichtarier. Festgestellt nach dem Verzeichnis jurist. und nationalökonomischer Schriften jüdischer Autoren, Deutscher Rechts-Verlag Berlin.

Der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz gilt üblicherweise als altliberales Gedankengut. Der Gleichheitssatz ist in den meisten modernen demokratischen und auch in nichtdemokratischen Verfassungen enthalten. Gleichwohl hat er keine einheitliche Ausdeutung erfahren. Besonders heftig war der Streit der Meinungen in Deutschland entbrannt, wo die Bedeutung des Artikel 109 der Weimarer Verfassung bis zur nationalen Revolution des Jahres 1933 stark umstritten war.

Der Meinungsstreit ging, wie an dieser Stelle nur kurz angedeutet werden soll, darum, ob der Grundsatz der Gleichheit sich nur an die Verwaltung und Rechtsprechung richte oder, ob der Gleichheitssatz auch den Gesetzgeber binde, in dem Sinne, „daß gleiche Tatbestände gleich, ungleiche ungleich behandelt werden sollen[1]. Die Bedeutung dieser umstrittenen Frage wird an späterer Stelle gewürdigt werden. Soviel läßt sich aber auf den ersten Blick feststellen, daß es sich dabei um eine Frage handelt, deren Beantwortung weitgehende staatsrechtliche und politische Folgen nach sich zieht und deren Entscheidung auch für den Führerstaat nicht zu umgehen ist. Dies ist frühzeitig erkannt worden. Die nationalsozialistische Führung hat den Gleichheitssatz wegen seiner liberalistischen Natur abgelehnt[2]. Auch von maßgeblichen Rechtslehrern des neuen Staatsrechts ist die Fortgeltung des Gleichheitssatzes in seiner bisherigen Bedeutung abgelehnt worden. Allgemein wurde dies damit begründet, daß der Gleichheitssatz des Artikel 109 RV zu den überwundenen „Grundrechten" im liberalistischen Sinne gehört, d. h. als ein Hauptsatz gegolten habe, der jedem Staatsbürger ein subjektives Recht zubillige, das durch keine Staatsfunktion angetastet werden dürfe[3]. Derartige Grundrechte, die negative Freiheitsrechte des Individuums dem Staat gegenüber seien und damit vom Gegensatz des Einzelnen zum Staat ausgingen, seien im Führerstaat undenkbar. Dieser habe das Wohl der Volksgemeinschaft zum Ziele und gebrauche den

---

[1] Vgl. Triepel: Goldbilanzverordnung und Vorzugsaktien 1924; Aldag: Die Gleichheit vor dem Gesetz in der RV.; Leibholz: Die Gleichheit vor dem Gesetz, die gegen die erstere Ansicht der älteren Staatsrechtslehre, vornehmlich gegen Anschütz Stellung nehmen.

[2] Vgl. die Rede des Ministerpräsidenten Göring in der Akademie für Deutsches Recht v. 13. Nov. 1934: „Der Nationalsozialismus kennt allerdings als geschworener Feind des liberalistischen Begriffes der Gleichheit auch auf dem Gebiete des Rechts und der Rechtsanwendung eine Differenzierung". Abgedruckt in der DAZ 1934 Nr. 533.

[3] Vgl. Koellreutter, Grundriß S. 105.

Staat lediglich als Mittel zu diesem Zweck, so daß der Gegensatz Individuum — Staat und damit die gedachte Voraussetzung der Grundrechte in Fortfall gekommen sei[4]. Die Richtigkeit dieser Ansicht könnte kaum bezweifelt werden, wenn der Gleichheitssatz wirklich ein Grundrecht rein liberaler Prägung ist. Dies ist aber nicht unzweifelhaft. Der Begriff der Gleichheit ist an sich vieldeutig, und zwar durch seine enge Verknüpfung mit politischen Ideen. Deshalb wird es zunächst im Verlaufe der Untersuchungen notwendig sein, auf die geschichtliche Entwicklung des Gleichheitsbegriffes einzugehen und daraus eine Begriffsbestimmung herzuleiten.

Die sodann erforderliche Behandlung des Gleichheitsbegriffes im Weimarer Staat wird sich darauf zu erstrecken haben, ob der Gleichheitssatz ein verfassungsmäßig garantiertes Grundrecht war, oder ob seine Bedeutung bereits darüber hinausging. Es sei schon an dieser Stelle angedeutet, daß die in Deutschland zuerst durch Triepel verfochtene Meinung, der Gleichheitssatz binde auch den Gesetzgeber, die Entwicklung dieses staatsrechtlichen Grundsatzes zum objektiven Rechtsprinzip gebracht hat, mit dem Zwang für den Richter, Gesetze auf die Beachtung des Gleichheitssatzes nachzuprüfen. Infolgedessen läßt sich die Fortgeltung des Gleichheitssatzes, sei es auch nur in einer dem neuen Staatsrecht gemäßen Form, nicht einfach damit abtun, daß der Gleichheitssatz mit den übrigen Grundrechten gefallen sei, eben weil der Gleichheitssatz nicht mehr nur als ein Grundrecht, sondern nur als ein objektiver Rechtssatz angesehen wurde, der nicht schon durch einen Wandel der Staatsform, sondern nur durch eine entgegenstehende Aenderung des Staatsrechtes und der politischen Grundwerte beseitigt werden konnte.

Hierdurch ergibt sich die Fragestellung, ob der Gleichheitssatz als objektiver Rechtssatz im deutschen Führerstaat unverändert, mit gewandelter Bedeutung oder überhaupt nicht fortbestehen kann, wobei das Verhältnis des Gleichheitsbegriffes zur Rechtsidee und zum Rechtsstaat zu beachten ist.

Somit läßt sich der Gang der vorliegenden Untersuchung feststellen: Nach einem geschichtlichen Ueberblick, der die Bedeutung und Gestaltung des Gleichheitsbegriffes zeigen soll, ist festzustellen, ob der Gleichheitssatz die Bedeutung eines Grundrechtes oder eines objektiven Rechtssatzes erhielt. Nach Klarstellung des Verhältnisses des Gleichheitssatzes zu den Begriffen der Rechtsidee und des Rechtsstaates ist das Ziel der Arbeit die Untersuchung, ob der Gleichheitssatz in der alten oder einer gewandelten Bedeutung Fortbestand hat.

---

[4] Vgl. Koellreutter a. . .O.

I. Die geschichtliche Entwicklung des Gleichheitsgedankens.

Wenn die geschichtliche Entwicklung des Gleichheitsbegriffes aufgezeigt werden soll, so bedarf es zunächst einer klaren Abgrenzung von anderen Gebieten. Es ist nicht Aufgabe dieser Arbeit, den Gleichheitsbegriff der Kirche, der maßgeblich das Mittelalter beeinflußt hat, oder den philosophischen Begriff der Aufklärungszeit darzulegen. Hier handelt es sich allein um den staatsrechtlichen Gleichheitssatz, dessen Bedeutungswandel in der Geschichte verfolgt werden soll, um ihn begriffsmäßig bestimmen zu können. Man hat der Berücksichtigung dieses Entwicklungsganges jede Bedeutung absprechen wollen[5]. Dann ist aber auch folgerichtig anzunehmen, daß der Gleichheitsbegriff im Staatsleben eines jeden Volkes und mit jeder Epoche verschieden sei. Daß dies nicht stets zutrifft, zeigt die Rolle, die der Gleichheitssatz seit der französischen Revolution von 1789 gespielt hat. Alle durch den aufkommenden Liberalismus bedingten Verfassungsänderungen, gleichviel, ob sie auf gesetzmäßigem oder revolutionärem Wege erfolgt sind, brachten die Einführung des Satzes der „Gleichheit vor dem Gesetz". Aus dieser Entwicklung hat Leibholz[6] geschlossen, daß der Begriff der Gleichheit mit dem Demokratismus unlöslich verbunden sei. Dies ist nur bedingt richtig. Zwar weisen die modernen demokratischen Verfassungen regelmäßig ein Grundrecht der Gleichheit auf. Aber auch nichtdemokratische Staaten hatten ihn in ihrer Verfassung, wie z. B. Preußen in Artikel 4 der Verfassungsurkunde von 1850. Der Grund dafür bestand in einem äußeren Nachgeben der Monarchie gegenüber den Freiheitsbestrebungen des zur Beteiligung am Staatsleben drängenden Bürgertums, das zunächst der Träger der liberalistischen Ideen war. So erscheint der Gleichheitsbegriff untrennbar mit dem politischen Liberalismus verbunden. Deshalb war es auch nicht verwunderlich, daß mit dem Eindringen liberalistischer Auffassungen in die Wirtschaft der modernen liberalistischen Staaten die Neigung besteht, den Gleichheitssatz auf wirtschaftliche Verhältnisse und damit auf die ganze Rechtslage der Staatsbürger auszudehnen[7]. Daß die inneren Zusammenhänge von Liberalismus und Gleichheitsbegriff enge sind, läßt sich gerade in der neuesten Zeit nachweisen. Die innere Schwäche der Demokratien führte allgemein zu einer Minderung der gesetzgebenden Gewalt der Parlamente zu Gunsten der Regierungen. Diese Staats-

[5] Mainzer, Gleichheit, S. 10ff.

[6] Leibholz, Gleichheit, S. 18.

[7] Vgl. Naviawsky, in Veröffentlichung d. Ver. deutsch. Staatsrechtslehre, Heft 3, S. 26; Dix: Grundrecht usw. S. 5.

notwendigkeiten riefen die Abwehr des Liberalismus hervor, der durch Aufstellung der These, der Gleichheitssatz binde den Gesetzgeber, Uebergriffe der zum Gesetzgeber gewordenen Staatsführung durch die Gesetzgebung in die Rechte des Einzelnen möglichst verhüten wollte. So machte diese neue Auslegung des Gleichheitssatzes ihren Weg durch alle diejenigen Länder mit liberalistischer Verfassung, in denen die Bedeutung der Parlamente als der ordentliche Gesetzgeber zurückgedrängt wurde. Es konnte nicht wundernehmen, daß die deutsche liberalistische Staatsrechtslehre um so eifriger der neuen Ansicht folgte, je mehr die Parteienzersplitterung zu- und entsprechend die Arbeitsfähigkeit des Reichstages abnahm. Die gleiche Neigung zeigte sich entsprechend bei anderen Ländern, z. B. in Oesterreich, der Schweiz und der Tschechoslowakei[8].

Wie sich der Gleichheitssatz in seiner Bedeutung für das Staatsrecht gestaltet hat, soll nun an Hand der wichtigsten geschichtlichen Ereignisse aufgezeigt werden. Ideenmäßig läßt sich der Gleichheitsbegriff bis zu den Idealauffassungen der griechisch-römischen Philosophenschule der Stoa zurückverfolgen. Auch der altrömische Satz „legibus omnes quirites tenentur" wird als Ursprung des Gleichheitssatzes angeführt[9]. Das Mittelalter kennt einen Gleichheitsbegriff nicht. Dies entspricht durchaus den Ideen jener Zeit, die eine Bindung des Staates gegenüber seinen Untertanen nicht kennt. Die eigentliche Entwicklung des Gleichheitsbegriffes beginnt in England. Die altenglischen Volksrechte, die in der Magna Charta vom 17. Juni 1215 niedergelegt und später in der Petition of Rights 1627, in der Habeas Corpus-Akte 1679 und schließlich in der Bill of Rights 1688 bestätigt und erweitert worden sind, enthalten Pflichten des Königs gegenüber den Feudalherren und Bürgern. Die Gewalt des Königs wird eingeschränkt, sie wird an Recht und Gesetz gebunden, ohne daß aber den Bürgern subjektive Rechte inbezug auf die Ausübung der Staatsgewalt zugestanden wurden. Die Volksrechte brachten damit nur objektive Grenzen für die Staatsgewalt, ohne daß andererseits den Bürgern individualistische Rechte gegenüber dem Staat zukamen. Deshalb ist es verfehlt, die englischen Volksrechte als die ersten Verfassungen mit Grundrechten, insbesondere mit dem des Gleichheitssatzes anzusehen[10].

Die nächste Stufe der Entwicklung wird hervorgerufen durch die naturrechtliche Auffassung von angeborenen Freiheitsrechten des Menschen. Damit taucht der individualistische Gedanke der Zurückdrängung der Staatsgewalt zu Gunsten des einzelnen Bürgers auf. Er setzte sich zuerst in den nordamerikanischen Kolonien Englands durch,

---

[8] Vgl. Krejci in Arch. f. öffentl. R. N. F. 21, 277.
[9] Verhandlung der preußischen ersten Kammer 1849, 35. Sitzung, S. 234.
[10] Vgl. hierzu die Ausführungen Carl Sschmitts in seiner Verfassungslehre § 6 und Huber in Arch. öff. R. N. F. 23, 1 ff.

in denen die Independents Toleranzedikte des Königs unter Berufung auf ein angeborenes Recht der Gewissens- und Religionsfreiheit durchsetzten. Die so in die Tat umgesetzte Vorstellung angeborener Freiheitsrechte führte geradlinig zu den berühmt gewordenen Declarations of Rights, als sich die Kolonien vom Mutterlande lösten und selbständig machten. Der Sinn der anerkannten Freiheitsrechte ist nicht mehr, wie in den altenglischen Volksrechten, die Abgrenzung der Staatsgewalt unter Berücksichtigung der gegebenen volklichen Gliederung, es zeigt sich bereits der individualistische Anspruch der Staatsbürger auf einen Raum ohne staatliche Einmischung, auf Freiheit vom Staat. Die nordamerikanischen Verfassungen sind damit die ersten Rechte, die dem Individuum auf Abwehr des Staates berechnete „negative Freiheitsrechte" gewähren. Diese entstanden als Abwehr gegen den absoluten Staat. Die Verfassungen der meisten nordamerikanischen Staaten enthalten in ausdrücklicher Form den Gleichheitssatz, nach dem schon die Declaration of independence besagte: „All men are created equal"[11]. Von diesen amerikanischen Freiheitsrechten führt, wie Klouverkorn[12] nachgewiesen hat, eine unmittelbare Beziehung zur Déclaration des droits de l'homme et du citoyen vom 26. August 1789 und von dort weiter zu den übrigen Verfassungen des europäischen Festlandes. Hervorzuheben ist die constitution franc. von 1791, deren Artikel I lautet: „Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits".

Die bisher genannten Verfassungen enthalten den Grundsatz der Gleichheit, ohne allerdings zu verlangen, daß alle „vor dem Gesetz" gleich seien. Von einer solchen Gleichheit (devant la loi) ist zuerst in der französischen Verfassung von 1789 im Artikel I, Abs. 3 die Rede. Diese Fassung findet sich wieder in der belgischen Verfassung (Décret vom 7. II. 1831), welche die preußische Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 maßgeblich beeinflußt hat. In Artikel VI der belgischen Verfassung ist der Gleichheitssatz wie folgt enthalten: „Il n'y a dans l'Etat aucune distinction d'ordres. Les Belges sont égaux devant la loi". Dieser Satz kehrt wörtlich in Artikel IV der preußischen Verfassungsurkunde wieder (Alle Preußen sind vor dem Gesetz gleich). Gleichwohl ist die Bedeutung nicht die gleiche wie in der belgischen Verfassung. Die preußische Verfassung stellte sich den seit 1848 im stürmischen Vordringen befindlichen demokratischen und

[11] Constitution of Massachusetts von 1780 Art. I der Declaration ofthe rights: „All men are born free and equal, and have certain natural, essential and unalienable rights". In der Constitution of Pensylvania von 1726 wird der Begriff der Gleichheit (equal) nicht selbständig, sondern nur zur näheren Bestimmung der Freiheit verwandt: „All men are by nature equally free and independent".

[12] Die Entstehung der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. 1911.

liberalen Kräften entgegen. Die Fortentwicklung des Wahlrechtes wurde zu Gunsten des Dreiklassenwahlrechtes aufgegeben. Damit wurde der Volksvertretung ihre Stoßkraft gegen das obrigkeitliche Prinzip genommen. Die Grundrechte und mit ihnen der Gleichheitssatz wurden zwar in der damals üblichen Fassung aufgenommen, aber nicht mehr in ihrer Bedeutung als negative Freiheitsrechte des Einzelnen. Man betrachtete sie lediglich als Schranken für die Verwaltung. Wie Anschütz[13] mit Recht betont hat, waren die Grundrechte der preußischen Verfassung nichts weiter als die Festlegung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Dann aber handelte es sich trotz des Wortlautes nicht mehr um echte Grundrechte, sondern lediglich um eine objektive Abgrenzung der Staatsgewalt ohne Freiheitsrechte des einzelnen Staatsbürgers gegenüber dem Staat, so daß nur eine Bindung der Verwaltung an die Gesetze geschaffen wurde, dagegen die Freiheit des Einzelnen einem Eingriff des Gesetzgebers unterworfen war[14]. Der Eingriff des Gesetzgebers konnte nicht durch eine auf liberalistischen Grundsätzen fußende Volksvertretung abgewehrt werden, weil die „volksvertretende" Kammer nach dem Dreiklassenwahlrecht gewählt wurde. So zeigt sich, daß die damals den preußischen Staat tragenden politischen Kräfte es verstanden haben, die äußerlich liberal erscheinende Neuordnung des Staatswesens konservativ und antiliberal zu halten. In diesem Staat waren die Grundrechte nicht lebensfähig und deshalb waren sie zu objektivierten Ordnungsprinzipien des staatlichen Lebens umgewandelt worden[15]. In diesem Beispiel erweist sich mit Deutlichkeit, daß der Wortlaut eines Gesetzes nicht entscheidend ist, sondern der Geist, von dem aus es gehandhabt wird. Am Beispiel Preußens zeigt sich so, daß der Gleichheitssatz wandlungsfähig und nicht unlösbar mit dem Liberalismus verknüpft ist.

Außerhalb Preußens setzten sich dagegen die Grundrechte als subjektive Rechte der Staatsbürger durch. Die Schweiz übernimmt den Gleichheitssatz aus den Kantonalverfassungen in die Bundesverfassung von 1848 und behält ihn in der späteren Bundesverfassung von 1874 bei. Die Vereinigten Staaten erhalten 1868 den XIV. Zusatzartikel zur Bundesverfassung, der ursprünglich den Schwarzen die Gleichstellung mit den Weißen bringen sollte, dann aber in seiner Bedeutung durch das Versprechen der „Equal protection of laws" erheblich ausgeweitet wurde.

Das österreichische Staatsgrundgesetz vom 21. 12. 1867 enthält den Gleichheitssatz in Artikel II, die österreichische Bundesverfassung vom

[13] Komm. zur preuß. Verfassungsurkunde, S. 100 ff.
[14] Vgl. Huber, Arch. öff. R. 23, 5. 8/9.
[15] Vgl. Huber a. a. O.

1. 10. 1920 führt ihn in Artikel 7 auf. Auch die unter der autoritären Regierung Dollfuß erlassene österreichische Verfassung von 1934 enthält liberale Freiheitsrechte, unter ihnen den Gleichheitssatz in Artikel 16: „Alle Bundesbürger sind vor dem Gesetz gleich. Sie dürfen in den Gesetzen nur so weit ungleich behandelt werden, als es sachliche Gründe rechtfertigen". Die österreichische Verfassung von 1934 hat sich damit eindeutig dahin entschieden, daß der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz den Gesetzgeber binde[16]. Besonders interessant hieran ist es, daß die antiliberale Regierung Dollfuß, wenn sie auch durch die Bestimmungen des Staatsvertrages von St. Germain gebunden war, alle Staatsbürger vor dem Gesetz gleich zu behandeln, sich nicht einfach mit der herkömmlichen Aufstellung des Grundrechts der Gleichheit begnügte. Sie erhob den Gleichheitssatz zum objektiven Rechtsprinzip, um das die Staatsrechtslehre in anderen liberalen Ländern erst kämpfen mußte und schränkte so freiwillig die Macht der politischen Staatsführung ein, deren Ziel der totale Staat ist. Diese Gegensätzlichkeit der Grundideen des Staates und der Verfassung kennzeichnet deutlich die Lage des österreichischen Verfassungsrechtes.

Bei der weiteren Verfolgung des Gleichheitsgedankens in Deutschland ergibt sich die Feststellung, daß sich in der Verfassung des norddeutschen Bundes von 1867 und der Verfassung des Deutschen Reiches von 1879 keine Grundrechte finden. Diese Tatsache erscheint überraschend, wenn man bedenkt, daß damals fast sämtliche Länderverfassungen den Gleichheitssatz und die übrigen Grundrechte aufführten. Ob hierfür die Entwertung der Grundrechte durch die preußische Verfassungsurkunde maßgeblich war oder ob das Fehlen der Grundrechte, wie behauptet wird, auf Bismarcks Ablehnung durchzuführen ist[17], läßt sich nicht mit Sicherheit feststellen. Trotzdem war der Gleichheitssatz so in das allgemeine Rechtsempfinden übergegangen, daß er auch ohne Verfassungsmäßige Niederlegung als ungeschriebenes Recht galt. Er kam unter anderem zum Ausdruck in der allgemeinen Wehrpflicht und in der Steuerpflicht. Besondere Förderung erhielt der ungeschriebene Gleichheitsgedanke durch die Rechtsprechung des preußischen O. V. G.[18].

Die Verfassung von Weimar sollte ursprünglich keinen Grundrechtskatalog enthalten. Erst auf Drängen der damaligen Regierung entschloß man sich, die Grundrechte aufzunehmen. Der maßgebliche Entwurf des Abgeordneten Beyerle enthält den Gleichheitssatz. Eine nähere

---

[16] So auch Adamvich, Grundriß des österr. Staatsrecht 3. Aufl. Wien 1935 S. 65/66.

[17] So Kaufmann, Veröffentl. Heft 3, S. 8.

[18] Fleiner, Institutionen S. 118.

Begründung für ihn wurde nicht gegeben. Beyerle wies lediglich darauf hin, daß der Gleichheitssatz ein alter Satz sei, den alle früheren Grundrechte enthalten haben[19]. Der Gleichheitssatz erschien damals klar und unproblematisch. Er wurde ohne Erörterung in der Fassung des Entwurfes Beyerle angenommen[20].

Blicken wir auf seine geschichtliche Entwicklung zurück, so können wir feststellen, daß der Gleichheitsbegriff ein Ergebnis der freiheitlichen Bestrebungen des 18. Jahrhunderts ist. Der Gleichheitssatz ist kein eigentliches demokratisches Gedankengut, wenn er sich auch in den meisten Verfassungen der modernen Demokratie findet. Das Beispiel der preußischen Verfassung von 1850 zeigt, daß der Gleichheitssatz sich auch in den Staaten mit nichtdemokratischer Verfassung vorfindet. Er muß aber entsprechend seiner Entstehung und seinem Wirken als liberales Gedankengut gelten, soweit er nicht in antiliberalen Staaten einen Bedeutungswandel erfährt.

II. Der Gleichheitsbegriff in den modernen Verfassungen.

1. Der Gleichheitsgedanke in den außerdeutschen Verfassungen.

Betrachtet man den Gleichheitssatz in den modernen Verfassungen, so fällt auf, daß der Wortlaut des Satzes fast stets derselbe ist. Gleichwohl ist ihm nicht immer der gleiche Sinn beigelegt.

Großbritannien hat keine Verfassungsurkunde im eigentlichen Sinne, auch keine verfassungsmäßige Festlegung von Grundrechten. Die Habeas Corpus Akte enthält kein solches Prinzip oder Recht. Trotzdem gilt auch dort der Gleichheitsbegriff. Das wird gefolgert aus dem englischen verfassungsrechtlichen Grundsatz von der „Herrschaft des Gesetzes" (Rule of Law). Dieser Grundsatz hat nach englischer staatsrechtlicher Auffassung drei verschiedene Bedeutungen, von denen hier nur die eine interessiert: er bedeutet auch Gleichheit „vor dem Gesetz" oder die gleiche Unterwerfung aller Bevölkerungsschichten unter das ordentliche Gesetz des Landes[21]. Da der Gleichheitssatz erst aus der Herrschaft des Gesetzes gefolgert wird, also ein Gesetz voraussetzt, hat er in England nur die Bedeutung, daß er die gesetzesanwendenden

---

[19] Protokolle des Verfassungsausschusses S. 370.

[20] Protokolle der Nationalversammlung, 54. Sitzung, S. 1568.

[21] It means equality before the law or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land ...; Dicey, Introduction tothe Study of the law of the Constitution, S. 195.

Behörden, d. h. Verwaltung und Rechtsprechung bindet[22]. Eine Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz besteht in England also nicht.

Die Entwicklung der französischen Auffassung des Gleichheitsbegriffes ist auffällig. Bemerkenswert ist, daß der Wortlaut des Gleichheitssatzes in den verschiedenen Verfassungen nicht übereinstimmt. Während es in Artikel 1 der Erklärung der Menschenrechte von 1789 heißt „neissent et demeurent libres et égaux en droits", ist der Wortlaut in der Const. von 1793 „sont égaux par la nature et devant la loi". Hierbei besteht nicht nur ein sprachlicher Unterschied, sondern vor allem auch ein solcher in der Tragweite. Die Erklärung der Menschenrechte von 1789 verkündete die bürgerliche Gleichheit, das allgemeine Bürgertum. Unter dem Einfluß Rousseaus wird hier dem Gedanken Gestalt gegeben, daß das Gesetz für alle dasselbe sei. Die Verfassung der Jacobiner von 1793 bringt naturrechtliche Anschauung auf dem politischen Gebiet mit letzter Konsequenz zum Durchbruch. Sie prägt den Satz, daß die Menschen nicht nur vor dem Gesetz, sondern auch von Natur aus gleich seien. Damit wird die Gleichheit im Gegensatz zur Erklärung von 1789 auch auf das Gebiet der politischen Rechte ausgedehnt[23]. In der Verfassung von 1793 wird auch die Gleichheit ausdrücklich als subjektives Recht bezeichnet[24]. Während die Erklärung von 1789 die Freiheit an die erste Stelle rückte, nimmt bei der Aufzählung der Rechte des Bürgers in der Verfassung von 1793 die Gleichheit den ersten Platz ein. Die absolute mathematische Gleichheit, wie sie 1793 verstanden wurde, hat man mit Recht ein Paradoxon der Gleichheit genannt[25]. Denn eine absolute mathematische Gleichheit kann keine Rücksicht auf gegebene individuelle und sachliche Unterschiede nehmen. So, daß sie in Wirklichkeit an Ungleichheit grenzt. Es konnte nicht ausbleiben, daß dieser übersteigerte Gleichheitsbegriff sich bald überlebte. Die dritte Verfassung von 1795 gibt dann auch den falschen Standpunkt der natürlichen Gleichheit der Menschen auf und kehrt zum Standpunkt der Nationalversammlung von 1789 zurück. Die Gleichheit wird zwar auch jetzt als Recht aufgefaßt. Sie wird aber erst an zweiter Stelle hinter der Freiheit genannt. Die Gleichheit wird darin gesehen, daß das Gesetz für alle das Gleiche ist[26]. Trotz der Verschiedenheit der in den französischen Verfassungen enthaltenen Bestimmungen des Gleichheitsbegriffes ist eine übereinstimmende Richtung festzustellen, die sich deutlich aus der Verfassung von

[22] Dicey, a. a. O.

[23] Duguit: Traité de Droit const. III, S. 582.

[24] „Ces droits sont égalité ...".

[25] Duguit a. a. O. S. 85.

[26] „l'égalité consiste en ce que la loi est la même pour tous, soit qu'elle protége, soit qu'elle punisse".

1793 herauslesen läßt. Die Menschen sind im Rechte gleich, d. h. für das Recht unter Außerachtlassung natürlicher Unterschiede. Infolgedessen muß das Recht und mithin auch das erst zu schaffende Recht, d. h. das Gesetz alle gleich behandeln[27]. Diese Auffassung beeinflußt noch die moderne französische strafrechtliche Auffassung. Auch unter der heute geltenden Verfassung von 1875, die allerdings den Gleichheitssatz nicht ausdrücklich enthält, gilt der Gleichheitsbegriff der Erklärung der Menschenrechte von 1789 als eine positive Regel des französischen Staatsrechts, die sich an den Gesetzgeber wendet. Verstöße der Gesetzgebung gegen den Gleichheitssatz machen das Gesetz verfassungswidrig[28].

Artikel 4 der Verfassung des Königsreiches Jugoslavien vom 3. Dezember 1931 hat ebenfalls die übliche Fassung: „Alle Bürger sind vor dem Gesetz gleich". Der Satz 2 dieses Artikels: „Alle genießen den gleichen Schutz durch die Obrigkeit" stellt klar, daß der Gleichheitssatz sich nur an die gesetzesanwendenden Behörden, also an Verwaltung und Rechtsprechung wendet, nicht aber an den Gesetzgeber. Der Satz 2 muß in seiner Stellung zum vorangehenden Gleichheitssatz als dessen Erklärung gelten, denn er wäre überflüssig, wenn der Gleichheitssatz auch die Gesetzgebung und damit alle Staatsgewalt binden würde. Ein Schutz der Staatsbürger erfolgt seitens der Obrigkeit durch Verwaltung und Rechtsprechung. Hieraus folgt, daß in der jugoslavischen Verfassung die engere Bedeutung des Gleichheitssatzes enthalten ist, nach welcher eine Bindung des Gesetzgebers nicht besteht.

Die spanische Verfassung vom 9. Dezember 1931 besagt in Artikel 2: „Alle Spanier sind vor dem Gesetz gleich". Da sich dieser Artikel nicht im Titel III, der die Ueberschrift „Rechte und Pflichten der Spanier" trägt, findet, sondern im „Einleitungstitel", so handelt es sich in dieser Verfassung um die programmatische Erklärung eines allgemeinen Rechtsprinzips, wonach der Gleichheitssatz die gesamte Staatsgewalt einschließlich der Gesetzgebung zu seiner Befolgung verpflichtet.

Die tschechoslowakische Republik hat sich den Grundsatz der Gleichheit in § 128 der tschechoslowakischen Verfassung geschaffen. Auch dort entspricht der Wortlaut der herrschend gewordenen Fassung, daß alle Staatsbürger vor dem Gesetz gleich seien. Dieser Satz ist dort genau so umstritten, wie es früher in Deutschland der Artikel 109 RV gewesen ist. Das tschechoslowakische oberste Verwaltungsgericht hält den Gleichheitssatz nicht für eine Rechtsnorm, die subjektive Rechte der Staatsbürger begründet, sondern nur für einen allgemeinen Grund-

[27] Vgl. Aldag: Gleichheit, S. 16.
[28] Duguit a. a. O. S. 593.

satz ohne normative Bedeutung, dessen Durchführung besonderen Gesetzen überlassen sei[29]. In der tchechoslowakischen Staatsrechtslehre sind die Ansichten geteilt. Der Auffassung des obersten Verwaltungsgerichtes pflichtet Weyr bei[30]. Dagegen stellte sich der V. deutsche Juristentag in der tschechischen Republik auf den Standpunkt, daß der Gleichheitssatz „im modernen demokratischen Rechtsstaat rechtssatzmäßig nicht nur Verwaltung und Rechtsprechung, sondern ebenso die Gesetzgebung" binde. Dies gelte auch für die Verfassung der tschechoslowakischen Republik[31].

Darauf, daß die österreichische Verfassung von 1934 trotz des autoritären Aufbaus des Staates überraschenderweise eine Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz ausdrücklich ausspricht, ist bereits an früherer Stelle hingewiesen worden[32].

Nicht anders ist die Auffassung des Gleichheitssatzes in der Schweiz. Nach der Ansicht der schweizerischen Staatsrechtslehre und der Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichtes bedeutet der Gleichheitssatz nicht nur eine Anweisung an den Richter und Verwaltungsbeamten, bei der Auslegung der Gesetze und des betätigungsfreien Ermessens alle Bürger gleich zu behandeln. Er enthält auch eine Weisung an den Gesetzgeber der einzelnen Kantone und des Bundes[33].

Schließlich sei noch die Stellung der Amerikaner zum Gleichheitsbegriff erwähnt. Maßgeblich für die Auslegung und Innehaltung des in den meisten Einzelstaaten von Nordamerika eingeführten verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes ist die Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe der Einzelstaaten, insbesondere aber die Stellungnahme des Supreme Court of The United Staates. Das Oberbundesgericht ist für die Ueberwachung des Gleichheitsprinzips seit der Aufnahme des XIV. Amendments in die nordamerikanische Verfassung (1868) zuständig. Der maßgebliche Satz dieses Zusatzartikels verlangt: „nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws". Dieser Satz gewährleistet heute nicht nur „equal protection of the laws", sondern er stellt vor allem ein „Unterpfand des Schutzes gleicher Gesetze" dar[34]. Der Gleichheitssatz bindet deshalb alle staatlichen Organe der Vereinigten Staaten mit Einschluß des Gesetzgebers[35].

---

[29] Vgl. dazu Krejci, Arch. öff. R. N. F. 21, 279.

[30] Dtsch. Uebersetzung seiner Schrift in der J. Z. für das Gebiet der tschch. Republik 12. Jg. Nr. 10/11, S. 81.

[31] Vgl. Krejci, a. a. O. S. 282.

[32] Vgl. S. 14.

[33] Vgl. die Entscheidung des Schweizer Bundesgerichts 6, 172, ff.; Fleiner: Schweizer Bundesstaatsrecht S. 282.

[34] „pledge of the protection of equal laws", vgl. Urteil Yick Wo v. Hopkins, 118 U. St. Rep. 356, 369.

[35] Vgl. hierzu auch Triepel, Goldbilanzverordnung S. 29; Leibholz, Gleichheit, S. 397.

Die vorstehende kurze Uebersicht zeigt, daß die Bedeutung des Gleichheitsbegriffes in den modernen Staaten nicht stets die gleiche ist. Es läßt sich nicht einmal sagen, daß bei den alten Demokratien Uebereinstimmung darüber herrscht, daß der Gleichheitssatz die gesamte Staatsgewalt bindet. Zwar wollen Frankreich, Amerika und die Schweiz auch den Gesetzgeber dem Gleichheitssatz unterstellen, auf der anderen Seite wird dies von Großbritannien abgelehnt.

2. Der Geltungsbereich des Gleichheitssatzes in der Weimarer Verfassung.

In den ersten Jahren nach der Schöpfung der Weimarer Verfassung erschien der den Gleichheitssatz enthaltende Artikel 109 Absatz I RV unproblematisch. Die Wissenschaft hielt zunächst die Auslegung bei, die im Anschluß an den Vorgänger des Artikel 109, den Artikel 4 der preußischen Verfassungsurkunde von 1850, die herrschende war. So wurde bis etwa zum Jahre 1924 angenommen, der Gleichheitssatz in Art. 109, 1, bedeute nicht Rechtsgleichheit aller, also sachliche Gleichheit, sondern nur persönliche Gleichheit, d. h. gleichmäßige Anwendung des Gesetzes ohne Rücksicht auf Stand oder Herkommen der einzelnen Personen. Der Grundsatz der Gleichheit, so hieß es damals, wende sich nur an den Richter und den Verwaltungsbeamten[36]. Infolgedessen sollte sich die Bedeutung des Gleichheitssatzes im wesentlichen damit erschöpfen, daß die Rechtsanwendung im Einklang mit den Gesetzen gehalten werden sollte. Es handelt sich hier um eine Ansicht, die auf rechtsstaatlichen Gedankengängen beruht. Der Gedanke der Unabhängigkeit der Richter und der unparteilichen Wahrnehmung ihrer Aufgaben als oberster Grundsatz eines Rechtsstaates führte dazu, den Gleichheitsbegriff auf die Rechtsanwendung zu erstrecken.

Gegenüber diesem rein rechtsstaatlichen Gleichheitsbegriff kam in immer stärkerem Maße ein Gleichheitsbegriff liberaler Prägung auf, der die Gleichbehandlung „durch das Gesetz" erstrebte. Danach sollte vor allem dem Gesetzgeber verwehrt sein, einzelne oder Personengruppen zu begünstigen oder zu benachteiligen, wie überhaupt im allgemeinen „willkürlich" statt „gerecht" zu verfahren. Der erste Ansatz zu dieser Meinung findet sich schon im Jahre 1922 bei Hatschek[37]. Er wandte sich gegen die Meinung Anschütz', daß der Artikel 109, Abs. I RV nur ein „wohlklingender Ausspruch" sei. Er behauptete, daß durch Artikel 109 die formelle wie die materielle Rechtsungleichheit verboten wäre. Unter

---

[36] Vgl. Giese, RV S. 300; insbesondere aber Anschütz: Komm. zum RV in allen Auflagen.

[37] Deutsches und preußisches Staatsrecht 1. Bd. S. 196.

formeller Rechtsungleichheit verstand Hatschek diejenige bei der Rechtsanwendung. Der Staatsbürger habe, so lehrte er, ein Recht auf gleichmäßige Behandlung durch Rechtsprechung und Verwaltung. Ein Verstoß dagegen sei rechtswidrig. Dies gelte namentlich, wenn die Ermessenstätigkeit einer Behörde zur Willkür werde. Die materielle Rechtsungleichheit könne nur von der Gesetzgebung oder einer unter freiem Ermessen tätig werdenden Behörde geschaffen werden, in dem Verschiedenes mit gleichem Maß oder Gleiches mit verschiedenem Maß gemessen werde. Eine Rechtssetzung, welche Unterschiede mache, für welche kein vernünftiger Grund vorhanden sei, verstoße gegen die materielle Rechtsgleichheit und sei deshalb durch den Grundsatz der Gleichheit verboten. Die Ansicht Hatscheks fand zunächst in der deutschen Staatsrechtslehre keine Beachtung. Erst Triepel blieb es vorbehalten, den entscheidenden Vorstoß zu Gunsten der neuen Lehre von der Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz zu führen.

In einem Rechtsgutachten über die Frage der Gültigkeit der Goldbilanzverordnung vom 28. 9. 1923 unter dem Gesichtspunkt des Artikel 109 I RV führte Triepel die schweizerische und die amerikanische Staatsrechtspraxis zum Beweise für die Richtigkeit seiner Ansicht auf, daß auch der Gesetzgeber Tatbestände gleich zu behandeln habe, wo für eine verschiedene Behandlung kein vernünftiger Grund vorhanden sei[38]. In der Rechtssprechung hat diese Lehre keinen Anklang gefunden. Das Reichsgericht hat die Frage, ob der Gleichheitssatz auch den Gesetzgeber binde, wiederholt und ausdrücklich unentschieden gelassen[39]. Auch der frühere Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich hat die Entscheidung offen gelassen[40]. Dagegen fand Triepel in zunehmendem Maße den Beifall der deutschen Staatsrechtslehre. Hervorzuheben sind die Arbeiten von Aldag[41], Leibholz[42] und Kaufmann[43]. Dagegen hatte Anschütz noch in der letzten Auflage seines Erläuterungsbuches seinen ablehnenden Standpunkt beibehalten (S. 522 ff.) Zu den Parteigängern seiner Auffassung gehörten insbesondere Thoma[44], Mainzer[45] und Jahrreiß[46]. Die vorstehende Aufzählung der Vertreter

---

[38] Triepel, Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien 1924.

[39] Vgl. RGZ 111, 329; 128, 165; RG in JW 30, 2949; für die neue Ans. dagegen RG in der Schiedssache RGZ 126, 161.

[40] RGZ 126, Anhang S. 14.

[41] Kieler Diss. 1925.

[42] Die Gleichheit vor dem Gesetz 1925.

[43] Veröffentlichungen dtsch. Staatsrechtslehrer 3, 2 ff. und von Stier-Somlo in: Grundrechte und Grundpflichten der RV hrsg. von Nipperdey Bd. 1, S. 178 ff.

[44] Die juristische Bedeutung der Grundrechtssätze in: Nipperdey, Grundrechte und Grundpflichten der RV Bd. 1, S. 23 ff.

[45] Gleichheit vor dem Gesetz, Gerechtigkeit und Recht, 1929. — Giese, Komm. zur RV S. 246.

[46] Die staatsbürgerliche Gleichheit in: Handb. d. D. St. R. II, § 103.

der beiden sich bekämpfenden Richtungen erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit; genannt sind nur die grundlegenden Schriften[47].

Wenn im Folgenden den verschiedenen Begründungen, die für die erweiterte Auslegung des Gleichheitssatzes gegeben worden sind, nachgegangen wird, so geschieht dies nicht aus dem Grunde, die Richtigkeit dieser Ansicht nachzuprüfen. Dies wäre ein Beginnen, das heute nur noch historischen Wert hätte. Hier handelt es sich vor allem darum, hinter den vorgebrachten Argumenten die Geisteshaltung und das erstrebte Ziel der neueren Auffassung zu ergründen. Von den daraus gewonnenen Erkenntnissen wird es im wesentlichen abhängen, ob der Gleichheitsbegriff unter den veränderten staatsrechtlichen und politischen Anschauungen des nationalsozialistischen Staates bestehen kann.

Bei der Auslegung des Artikels 109, Abs. I, RV sind sämtliche Auslegungsmöglichkeiten erschöpft worden[48]. Hier interessieren vor allem die Auslegungsmethoden, die von den Anhängern der Ansicht, der Gleichheitssatz binde auch den Gesetzgeber, angewendet worden sind. Die bestehenden Auslegungsmethoden scheiden sich in objektive und subjektive, sowie die teleologische Auslegungsmethode.

Unter den objektiven Theorien versteht man die Auslegungsmethoden, die zur Erfassung der Bedeutung eines Gesetzes nicht den vom Gesetzgeber gemeinten Sinn berücksichtigen.

Unter den objektiven Theorien ist zunächst die hervorzuheben, die die Bedeutung des Artikel 109 grammatikalisch aus seinem Wortlaut entnehmen will. Leibholz[49] glaubte die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz schon aus dem Wortlaut des Verfassungsartikels entnehmen zu können, indem er das Wörtchen „vor" dahin auslegte, daß damit eine Bindung durch die Normenform, die Verfassung gemeint sei. Die grammatikalische Auslegung des Wortlautes führte aber Anschütz zum entgegengesetzten Ergebnis, nämlich daß Gleichheit vor dem Gesetz nicht Gleichheit des Gesetzes gebiete[50]. Auch Mainzer[51] lehnt nach dem Wortlaut des Gesetzes und seiner Entstehungsgeschichte die Auslegung von Leibholz ab.

Einen Schritt weiter ging die systematische Auslegungsmethode. Bei dieser handelte es sich um eine auch sonst in der Rechtswissenschaft

---

[47] Vgl. im übrigen das ausführliche Inhaltsverzeichnis bei Bindewald, Der Gleichheitsgedanke im Rechtsstaat der Gegenwart 1931. Zu den dort genannten Schriften kommen noch das Referat Leibholz' auf dem V. Deutschen Juristentag in der Tschechoslowakei, sowie die Aufsätze von Ule: Ueber die Auslegung der Grundrechte, in Arch. öff. R. N. F. 21, 97 ff. und Huber: Bedeutungswandel der Grundrechte in Arch. öff. R. N. F. 23, 30 ff.

[48] Vgl. die eingehende Darstellung bei Ule, Arch. öff. R. N. F. 21, 37 ff., insbesondere S. 92 ff.

[49] Leibholz a. a. O. S. 35.

[50] Anschütz, Komm. Art. 109, II, 1.

[51] a. a. O. S. 65 ff.; 104 ff.

häufig gebrauchte Methode, bei welcher zunächst der Wortsinn des in Betracht kommenden Gesetzes festgestellt werden soll. Doch lehrt diese Ansicht, daß beim Wortlaut nicht stehen zu bleiben, sondern der systematische Zusammenhang mit anderen Gesetzen zu berücksichtigen sei, um den weltlichen Sinn des Gesetzes festzustellen. Nach dieser Auffassung mußte ein Grundrechtsartikel der RV zunächst im Zusammenhang mit den übrigen Grundrechten und Grundpflichten der Deutschen betrachtet werden, darüber hinaus war aber die Bedeutung des Gesamtsystems der RV zu beachten. Diese Auslegungsmethode ist wiederholt vom RG und vom Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich angewendet worden[52]. Für den Artikel 109 RV hat Nawiawski in einem Bericht auf der Staatsrechtstagung in Münster die objektive Auslegung im Sinne der neuen Auffassung befürwortet[53]. Er stellte zunächst scharf heraus, daß es sich bei dem Streit um die Bedeutung des Artikel 109 um eine Auslegung des ersten Absatzes des Artikel 109 I RV handle[54]. Nach seiner Ansicht läßt der Wortlaut des Artikel 109 I drei Auslegungen als gleichberechtigt zu. Er kann bedeuten 1. das Verbot an den Gesetzgeber subjektive Differenzierungen vorzunehmen, 2. das Verbot an den Gesetzgeber, gleichartige Tatbestände mit ungleichen Rechtsfolgen zu bedenken, 3. das Verbot an die gesetzesanwendenden Behörden, die Gesetze ungleich anzuwenden[55]. Diese drei Ausdeutungen hält Nawiawski für gleichberechtigt, wenn man nur den Artikel 109 I für sich betrachtet. Wegen dieser Mehrdeutigkeit empfahl Nawiawski die systematische Auslegung, um den Sinn des Gleichheitssatzes festzustellen. Aus dem Zusammenhang mit anderen Verfassungsartikeln wollte Nawiawski schließen, daß in Artikel 109 nicht der Gedanke der sachlichen Gleichheit, aber auch nicht der herkömmliche Gleichheitsbegriff, sondern der der persönlichen Rechtsgleichheit im Sinne des Ausschlusses irgend einer Gruppenbildung zum Ausdruck gekommen sei, weil die Zugehörigkeit zu einem Stande, einem Geschlecht, einem religiösen Bekenntnis, einer Klasse oder einer sonstigen sozialen Schichtung vom Gesetzgeber nicht zum Ausgangspunkt einer unterschiedlichen Behandlung gemacht werden dürfe[56].

Von Hippel ist ebenfalls unter Anwendung der systematischen Methode, wenn auch mit anderer Begründung, zum gleichen Ergebnis wie Nawiawski gelangt. Da die Weimarer Verfassung als die einer demokratischen Republik geschaffen wurde, wollte v. Hippel den Ar-

[52] Vgl. RGZ 102, 166; RGZ 127 Anh. S. 25 ff.

[53] Die Gleichheit vor dem Gesetz i. S. des Art. 109 RV in Veröff. d. Dtsch. Staatsrechtslehre 3, S. 25 ff.

[54] a. a. O. S. 27.

[55] a. a. O. S. 29.

[56] a. a. O. S. 36.

tikel 109 I RV in Beziehung zu dem demokratisch-republikanischen Inhalt der Verfassung setzen und ihm einen spezifisch demokratischen Charakter zuweisen, der nur in dem Verbot sachlicher Rechtsungleichheit bestehen konnte. Auch sonst ist im Schrifttum häufig von der systematischen Auslegungsmethode Gebrauch gemacht worden[57]. Die gefundenen Ergebnisse wichen aber von einander ab. Anschütz z. B. kam unter Anwendung der gleichen Methode zum entgegengesetzten Ergebnis. Er wies darauf hin, daß die Weimarer Verfassung dort, wo sie den Gesetzgeber binden will, es ausdrücklich gesagt habe[58]. Die von ihm erwähnten Vorschriften, so meinte er, wären völlig überflüssig, wenn sie nichts anderes enthielten, als bestätigende Spezialisierungen, also Wiederholungen des Artikel 109 I RV.

In der Erkenntnis, daß es mit der Begründung der neueren Ansicht schwach bestellt sei, griffen ihre Anhänger, zur Begründung ihrer Forderung nach Bindung des Gesetzgebers, zur rechtsvergleichenden Betrachtungsweise. Als erster hat Triepel, bei der Auslegung des Gleichheitssatzes Beachtung dafür gefordert, daß die Verfassungen der nichtdeutschen Demokratien, die den Grundsatz der Rechtsgleichheit zum Teil mit denselben Worten wie die Weimarer Verfassung anerkennen, von den berufensten Auslegern in der gleichen Weise gedeutet worden sind[59]. Zur Begründung nahm er auf die schweizerische und amerikanische Rechtsprechung und Rechtslehre Bezug[60]. Den gleichen Standpunkt hat Trieepel später noch einmal ausdrücklich verteidigt, indem er ausführte, es sei „kein Mißgriff, wenn man die neue deutsche Rechtsordnung in Beziehung setze zu dem Rechtssystem der Vereinigten Staaten oder der Schweiz, wenn man Argumente, die auf dem Boden der fremden Rechtsordnung gebraucht sind, mit gewissen Vorbehalten natürlich, auch für unser Recht verwendet[61].

Der rechtsvergleichenden Ansicht schloß sich auch Aldag[62] an. Er vertrat die Ansicht, daß der Artikel 109 I RV aus älteren Verfassungen übernommen worden sei. Man sei deshalb bei gleichem Wortlaut auch berechtigt, zu seiner Erklärung, die in anderen Ländern geübte Auslegung mit heranzuziehen. Der schärfste Vertreter dieser Ansicht ist Erich Kaufmann gewesen, der die rechtsvergleichende Methode bei der Auslegung des Artikel 109 ausdrücklich als geboten bezeichnet hat,

---

[57] Vgl. Leibholz a. a. O. S. 14; Stier-Somlo, Art. 109 in Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten I, S. 190/91; Hensel, Grundrechte und Rechtsprechung in Festgabe für das RG I, S. 1 ff.

[58] z. B. Art. 17, 22, 109, II u. III, 110, II 113 usw.

[59] Goldbilanzenverordnung u. Vorzugsaktien, S. 29 ff.

[60] Vgl. S. 29.

[61] Veröffentlichung der deutschen Staatsrechtslehre 3, S. 50.

[62] a. a. O. S. 8.

wenn er schließlich auch seine Ansicht, worüber später noch zu reden sein wird, überpositivistisch begründet hat. Gegen die Heranziehung ausländischer Rechte wandten sich besonders Anschütz[63], v. Hippel[64], Nawiawski[65] und Mainzer[66]. Sie wiesen darauf hin, daß die schweizerische und die amerikanische Ausdeutung des Gleichheitssatzes auf anders gearteten staatsrechtlichen und politischen Voraussetzungen beruhten. Gegenüber diesen beachtlichen Einwendungen konnten die Anhänger der rechtsvergleichenden Theorie nicht den überzeugenden Nachweis führen, weshalb die in fremden Rechtsordnungen gewonnene Auslegung in Deutschland verbindlich sei, nachdem bisher im Anschluß an Artikel 4 der preußischen Verfassungsurkunde die rechtsstaatliche Auffassung von der Bindung der gesetzanwendenden Gewalten geherrscht hatte.

Die subjektive Theorie, die den vom Gesetzgeber gemeinten Sinn erforschen will, gab den Anhängern der neueren Auffassung keine Möglichkeit zur Begründung ihrer Ansicht. Hinsichtlich der Bedeutung des Artikel 109 I RV fehlte es an einer ausdrücklichen Willenskundgebung des Verfassungsgesetzgebers. Hierauf wies besonders Anschütz hin: „An einer solchen Willenskundgebung fehlt es durchaus. Nichts berechtigt zu der Annahme, daß die Nationalversammlung beabsichtigt haben könnte, mit den alten Worten des Gleichheitssatzes das große Neue zu sagen, das jetzt in ihn hineingelegt wird"[67]. Die Anhänger der älteren Meinung stützen sich deshalb bei der Auslegung des Artikel 109 I RV insbesondere auf die Absicht des Gesetzgebers und huldigten der subjektiven Theorie. Außer Anschütz sind es vor allem Thoma[68] und Mainzer[69].

Die Schwierigkeiten, die der von Triepel befürwortete Lehre bei ihrer Begründung erwuchsen, mußten dazu führen, die Zuflucht zur teleologischen Auslegungsmethode zu nehmen. Triepel selbst wies schon in seiner ersten Schrift darauf hin, daß ein Grund für die erweiterte Auslegung des Artikel 109 I der sei, dem herrschenden Gesetzesabsolutismus entgegenzutreten, der schnell bereit sei, die Grundrechte auf ein Nichts zurückzuführen und den Gesetzgeber von jeder rechtlichen Schranke freizusprechen[70]. Auch Leibholz wies darauf hin, daß die Bindung des Gesetzgebers durch den Gleichheitssatz von dem zu be-

---

[63] Komm. Art. 109 III.
[64] Arch. öff. R. N. F. 10, 144.
[65] a. a. O. S. 26.
[66] a. a. O. S. 11 ff.
[67] Kom. Art. 109 III, 1.
[68] Grundrecht und Polizeigewalt S. 219.
[69] a a. O. S. 61 ff.
[70] Goldbilanzenverordnung S. 28.

grüßen sei, der bei dem parlamentarischen Regierungssystem die Möglichkeit eines Parlamentsabsolutismus nicht für ausgeschlossen erachte[71]. Hier ergibt sich klar die Begründung mit teleologischen Erwägungen. Das Ergebnis der Auslegung wird nach dem für richtig erkannten Zweck gesucht und gefunden. Mit dieser Auffassung begab sich der Streit um die Ausdeutung des Artikels 109 I RV vom streng wissenschaftlichen auf einen zweckpolitischen Boden. Es kann deshalb nicht wundernehmen, wenn der neuen Lehre der Vorwurf gemacht wurde, sie wurzele lediglich in einem politischen Werturteil „einem anscheinend tiefgehenden Zweifel an der Fähigkeit herrschender Parlamentsmehrheiten zur Objektivität"[72]. Diese Stellungnahme von Anschütz traf an sich den Kern des ganzen Streites. Aber er machte, selbst in der liberalistischen Auffassung befangen, daß Staatsrecht und Politik zu trennen seien, der neueren Ansicht mit Unrecht den Vorwurf einer politischen Stellungnahme. Letzten Endes war der Streit um den Gleichheitssatz ein Streit politischer Kräfte, der seinen Widerhall in der Staatsrechtslehre fand.

Da die bisher behandelten Auslegungsversuche keine genügende Klarheit schafften, weil eben der Artikel 109 zu mehrdeutig war, wurde der Versuch gemacht, die neue Lehre von der Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz nicht im Wege der Auslegung der Verfassung, sondern überpositivistisch zu begründen.

Der Streit zwischen Positivismus und Ueberpositivismus ist besonders heftig um den Artikel 109 I RV entbrannt gewesen. Zum Verständnis der nachfolgenden Ausführungen ist kurz auf die erwähnten Begriffe einzugehen. Unter dem Positivismus versteht man eine Rechtsauffassung, für die als Recht nur die vom Staat gesetzten Normen in Betracht kommen. Das Recht hat mit der Ethik grundsätzlich nichts gemeinsam. Nur dort kommen sittliche Anschauungen für das Recht in Betracht, wo ausdrücklich auf sie verwiesen ist. Das Recht wird also den geschriebenen Gesetzen und dem Gewohnheitsrecht entnommen; das Gesetz ist „das Prius"[73].

Im Gegensatz zu dieser Anschauung, die zu einer Erstarrung des Rechts führen kann, steht die Auffassung, die das Recht höheren Ideen unterstellen will. Schon das klassische Naturrecht stand auf einem solchen Standpunkt, es lehrte den Glauben an eine ewige, objektive Weltordnung, die zwar ungeschrieben sei, aber zu allen Zeiten und in jedem Staat den Platz über der geschriebenen Rechtsordnung habe. Diese in Deutschland insbesondere von Kant und Fichte vertretene

[71] Gleichheit S. 37/38.
[72] Anschütz, Art. 10, § 5.
[73] Nawiawski, Veröff. 3, S. 25 ff.

Bewegung ist heute überwunden. Aber als Nachfolger des Naturrechtes haben sich Geistesströmungen erhalten, die als überpositivistisch bezeichnet werden können. Es würde über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausgehen, wollte man alle Richtungen darstellen, die sich vom Positivismus durch eine andere Form des Rechtsbegriffes unterscheiden. Ein gemeinsames Merkmal haben sie alle, nämlich die Hervorhebung des Zusammenhanges zwischen Recht und Gerechtigkeit oder Recht und Ethik. Hier gilt nicht mehr das Recht als das Prius, sondern es ist nicht nur Aeußerung eines staatlichen Machtwillens, sondern nur eine Erscheinungsform sittlicher Anschauungen. Damit versuchte der Ueberpositivismus der Rechtsordnung ein sie rechtfertigendes geistiges Prinzip zu verleihen, das in der Idee der Gerechtigkeit erblickt wurde[74].

Als Maßstab für die Gerechtigkeit wurde die Idee des Rechts angesehen, die einen abstrakten und absoluten Wertmesser dafür darstellen sollte, was sittlich recht oder unrecht sei. Die Rechtsidee wurde als eine Rechtsauffassung angesehen, die allen Kulturvölkern der Erde gemeinsam sei und von den einzelnen Völkern noch genauer ausgestaltet werde. Der Inhalt der Rechtsidee sei das wahre Recht[75].

Für das Verfassungsrecht kam unter Anwendung dieser überpositivistischen Betrachtungsweise zu folgendem Ergebnis: Wenn sich ein Volk eine Verfassung gebe, so stelle es damit den Inhalt der der Rechtsidee entsprechen solle, in den Grundzügen fest. Die Gemeinschaft übertrage damit die ursprünglich ihr zustehende Rechtssetzungsbefugnis an das Parlament oder eine andere verfassungsmäßige Stelle als ihren Vertreter. Die Verfassung gebe den feststehenden Rahmen für die Tätigkeit der Gesetzgebung ab. Folgerichtig wurde der Ansicht von Anschütz, die Verfassung unterliege der Disposition der Legislative, widersprochen. Die Verfassung gilt als Norm höherer Ordnung über den Gesetzen. Die Gesetzgebung sollte „Verfassungsrechtsanwendung" sein[76]. Hieraus wurde weiter geschlossen, daß die Verfassungsbestimmung eine Norm sei, die sich an den richte, der sie vollziehe. Deshalb sollte Artikel 109 I RV ein Gebot auch an den Gesetzgeber sein, nämlich ein Gebot der gleichen Behandlung, gleicher Tatbestände bei der Gesetzgebung[77]. Nach einer anderen Ansicht wurde die Gleichheit als eine Rechtsidee angesehen, die bereits zur Zeit des Naturrechtes zum Rechtsempfinden der Gemeinschaften gehört habe. Der

---

[74] Vgl. Binder, Die Gerechtigkeit als Lebensprinzip des Staates. 1926.

[75] Vgl. zum Vorstehenden: Leibholz, in Arch. öff. R. N. F. 12, S. 2; Holstein, Veröffentlichungen 3, S. 55; Stammler, Lehre vom richtigen Recht, S. 5 ff.

[76] Gerber, Gesetz und Verfassung S. 4.

[77] Vgl. Dix, Grundrecht der Gleichheit, S. 41.

Sinn, den der Gleichheitsgedanke zur Zeit der französischen Revolution gehabt habe, sei der eines allgemeinen Rechtsprinzips gewesen, das seitdem als überpositives Prinzip Geltung behalten habe. Mit der Schaffung des Artikel 109 I RV sei dieser Grundsatz in das deutsche Verfassungsrecht übernommen worden. Der Artikel 109 habe als Bestätigung des überpositiven Rechtssatzes zu gelten. In dieser Eigenschaft stehe der Gleichheitssatz allen denen gegenüber, die die Rechtsnormen schafften und handhabten. Beide Tätigkeiten hätten auf dem Boden des allgemeinen Prinzipes zu erfolgen. Deshalb wende sich der Gleichheitssatz des Artikel 109 I RV auch an den Gesetzgeber, der das Rechtsprinzip der sachlichen Gleichheit nicht verletzen dürfe[78].

Die überpositiv rechtliche Begründung des Gleichheitssatzes zeigt mit aller Deutlichkeit den Versuch der neueren Ansicht, den Gleichheitssatz in seiner Bedeutung zu wandeln. Die individualistische Betonung des Gleichheitsprinzipes wurde aufgegeben. Der Gleichheitssatz sollte nicht mehr nur den Anspruch des Bürgers auf gleiche Behandlung gleicher Tatbestände und Unterlassung ungleicher Behandlung verkörpern. Er sollte zum objektiven Rechtsprinzip erhoben werden. Er wurde zum obersten Rechtsprinzip gemacht mit dem Inhalte, daß auch der Gesetzgeber gebunden sein sollte, seine Tätigkeit nur als Verfassungsvollzug anzusehen, um Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln. So sollte dem Prinzip der Gerechtigkeit genügt werden. Zwar sollte der Gleichheitssatz damit nicht aufhören eine echte subjektive Berechtigung des Einzelnen gegenüber dem Staate zu entfalten, wie die sonstigen Grundrechte[79]. „Aber in erster Linie bedeutet die Unterwerfung des Staates unter ein allgemeines Gerechtigkeitsprinzip eine objektive Zweckrichtung und Rechtfertigung des Staates, keine individuelle Begünstigung“[80]. Artikel 109 I RV hörte von diesem Standpunkte aus auf, ein echtes Grundrecht zu sein. Dieser Verfassungsartikel wurde nicht mehr nur individualistisch als ein negatives Freiheitsrecht gegenüber der Tätigkeit des Staates aufgefaßt, sondern war nunmehr in erster Linie ein vom Recht und vom Staat her gedachter Grundsatz[81].

Selten wohl ist so viel Scharfsinn, und sind so viel Begründungen zur Einführung einer Rechtsansicht aufgeboten worden, wie für die der erweiterten Auslegung des Gleichheitsbegriffes. Gemeinsam ist allen Begründungen, die oben kurz gestreift worden sind, das Ziel, die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz, d. h. Schaffung der sach-

[78] Kaufmann, Veröffentlichungen 3, S. 6.
[79] Leibholz, Der Verrat a. d. 5. Deutschen Juristentag in der Tschechoslowakei, S. 364.
[80] Huber, Bedeutungsmangel der Grundrechte in Arch. öff. R. N. F. 23, 33.
[81] Vgl. Huber a. a. O.

lichen Gleichheit des Gesetzes. Wenn auch die positiv rechtlichen Begründungen im Gegensatz zu den überpositiv rechtlichen Anschauungen nicht klar hervorheben, daß der Gleichheitssatz vom Grundrecht zum objektiven Rechtsprinzip erhoben werden sollte, so liefen trotzdem auch die von ihnen verfolgten Ziele darauf hinaus. Denn sollte der Gesetzgeber an den Gleichheitssatz gebunden sein, so mußte man verlangen, daß der Gesetzgeber ihn beachtete, auch wenn der einzelne Staatsbürger nicht von seinem subjektiven Recht auf gleiche Behandlung Gebrauch machte. Es handelte sich auch nach den positiv rechtlichen Auffassungen um einen allgemein verbindlichen objektiven Rechtssatz.

Anschütz leugnete den schon von Leibholz[82] hervorgehobenen Bedeutungswandel des Gleichheitssatzes vom Grundrecht zum objektiven Rechtssatz[83]. Allein er hatte mit seiner Ansicht nicht mehr viel Anhänger. Für die ältere Ansicht, daß Artikel 109 Abs. I RV nur die Gleichheit der Rechtsanwendung verbürge, war von einflußreicheren Staatsrechtslehrern außer Anschütz nur noch Giese[84]. Hinzu kamen die schon erwähnten Schriften von Mainzer[85], Jahreiß[86] und Gebhard[87]. Der weitaus überwiegende Teil der deutschen Staatsrechtslehrer folgte seit etwa 1929 der neueren Ansicht, wenn auch mit den hervorgehobenen unterschiedlichen Begründungen. Mit Recht wies Anschütz darauf hin, daß der Meinungsstreit nicht durch die Zahl der Anhänger der verschiedenen Auffassungen oder durch Mehrheitsbeschlüsse der Fachleute entschieden sei[88]. Aber diese Verteidigung seiner Ansicht war bereits durch die tatsächliche staatsrechtliche und politische Entwicklung in Deutschland überholt. Anschütz hat zwar selbst erkannt, daß die neuere Auslegung des Gleichheitssatzes letzten Endes auf politischen Werturteilen und Bestrebungen beruhte. Aber er hat die Verbindung des Staatsrechtes mit der Politik nicht herstellen wollen. Er wollte die neuere Ansicht ablehnen, weil sie zwangsläufig dem Richter das Prüfungsrecht bei der Anwendung der Gesetze auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz zur Folge haben mußte. Man würde, so meinte er, an die Stelle des Absolutismus des Gesetzgebers den der Rechtsprechung setzen, und so zu einer Politisierung der Justiz kommen. Dabei übersah aber Anschütz, daß es die Tendenz des bürgerlichen Rechtsstaates ist, die politischen Anschauungen und die Entschlüsse

[82] a. a. O. S. 15.
[83] Anschütz, Komm. Art. 109 II.
[84] Kom. RV S. 246.
[85] Gleichheit vor dem Gesetz usw.
[86] Die staatsbürgerliche Gleichheit in Handbuch des deutschen Staatsrechts 2, § 103.
[87] Komm. zur RV S. 447 ff.
[88] Komm. Art. 109 II.

der Staatsführung durch den Richter nachprüfen zu lassen. Die Reichsverfassung selbst gab die Möglichkeit der Anrufung des Staatsgerichtshofes bei vielen politischen Entscheidungen. Auch die Entwicklung drängte auf die Einführung einer Nachprüfung der Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit[89], wie der Gesetzentwurf für die Nachprüfung von Gesetzen durch den Staatsgerichtshof zeigt, der im Jahre 1928 dem Reichstag vorlag[90]. Daß die neuere Ansicht zunächst auf starken Widerstand stieß, lag lediglich daran, daß man sie mit den herkömmlichen Mitteln der Gesetzesauslegung zu begründen trachtete, während es sich in Wirklichkeit nicht um eine Auslegungsfrage, sondern um eine politische Entscheidung handelte. Letzteres wurde schon von Triepel deutlich ausgesprochen, wenn er darauf hinwies, daß dem Gesetzesabsolutismus entgegengetreten werden müsse. Denn dieser sei grundsätzlich schnell bereit, den Gesetzgeber von jeder Bindung freizusprechen und die Grundrechte auf ein Nichts zurückzuführen[91]. Die weitere Auffassung ist nicht grundlos in Deutschland entstanden. Die Aufwertungsgesetzgebung und das übrige nachinflationistische Gesetzgebungswerk erregte viel Unwillen. Es kam das Gefühl auf, daß der Gesetzgeber willkürliche Entscheidungen treffe. Dies hätte allerdings noch nicht die veränderte Anschauung über den Artikel 109 RV zur Folge haben müssen. Hinzu kamen die in den späteren Jahren immer mehr hervortretende Unfähigkeit des Reichstages, arbeitsfähige Mehrheiten zu bilden. Die Gesetzgebung entglitt so immer mehr der ordentlichen gesetzgebenden Körperschaft. Das für Notzeiten berechnete Recht des Reichspräsidenten gemäß Artikel 48 RV Notverordnungen zu erlassen, wurde zum üblichen Weg der Gesetzgebung, unter bewußter Ausschaltung des Parlamentes. Etwa seit 1930 konnte man in Deutschland nicht mehr von einer wahren parlamentarischen Republik sprechen. Das Hinüberwechseln der Gesetzgebungsgewalt zur politischen Führung und Exkutive des Staates war mit liberalen Anschauungen nicht verträglich, weil die dadurch herbeigeführte Vereinigung der nach liberaler Anschauung getrennt zu haltenden drei Staatsgewalten eine Gefährdung der individuellen Freiheit und Gleichheit des Einzelnen zur Folge haben mußte. Nichts war natürlicher als daß man versuchte, die nicht durch das Parlament beschlossene Gesetzgebung unter Kontrolle zu behalten. Da der Reichstag hierfür nicht mehr geeignet war und meist auch infolge seiner häufigen Auflösung nicht mehr zur Verfügung stand, blieb nur die Möglichkeit, die erlassenen Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit durch die Rechtsprechung nachprüfen zu lassen, um so die

[89] Vgl. Koellreutter, Grundriß S. 107.
[90] Reichstagsdrucksache Nr. 382.
[91] Goldbilanzen VO S. 28.

Einhaltung der Verfassung nach Möglichkeit zu erzwingen. Diesem Verlangen kam die neuere Ansicht, daß Artikel 109 I RV eine Bindung eines Gesetzgebers enthalte, entgegen[92]. Denn sie führte folgerichtig zur Einräumung des richterlichen Prüfungsrechtes. Die Vertreter der neueren Ansicht haben, wenn auch in verschiedenem Umfang, übereinstimmend das Erfordernis der richterlichen Nachprüfung von Gesetzen auf ihre Vereinbarkeit mit Artikel 109 I RV aufgestellt[93]. Verfassungsrecht ist politisches Recht. Deshalb handelt es sich bei der veränderten Auslegung eines Verfassungsartikels regelmäßig um eine politische Entscheidung, um so mehr, wenn die veränderte Auslegung weitreichende Folgen auf staatsrechtlichem Gebiete hat. Darum wird der Anlaß zu einer veränderten Verfassungsauslegung auch regelmäßig auf politischem Gebiet liegen. Nur die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz und das dadurch eröffnete richterliche Nachprüfungsrecht konnte die Wünsche der damals herrschenden liberalistischen staatsrechtlichen Auffassungen befriedigen, die nach Möglichkeit die absolutistisch werdende Staatsführung im Interesse der Freiheitsrechte der einzelnen Bürger in ihrer Tätigkeit zu hemmen versuchte. Die erweiternde Auslegung des Gleichheitssatzes entsprach so allein der damaligen politischen und staatsrechtlichen Lage vom Standpunkt des liberalen bürgerlichen Rechtsstaates aus gesehen, wollte dieser nicht seine Existenzberechtigung aufgeben. Daran ändern die verschiedenartigen Begründungen der neueren Ansicht nichts. Sie dienten nur der Verhüllung der politischen Entscheidung, die bereits von Triepel angedeutet wurde und schließlich getroffen werden mußte. Es entspricht eben liberaler Auffassung, „den Gesetzgeber an sein eigenes Gesetz zu binden und ihm Durchbrechungen, Ausnahmen und Einzelmaßnahmen unmöglich zu machen". „Das ist die notwendige Konsequenz der Lehre von der Gewaltenteilung und der strengen Unterscheidung von Gesetz und Gesetzesanwendung"[94]. Es ergibt sich mithin, daß der Artikel 109 I RV im Weimarer Staat zum objektiven Rechtsgrundsatz geworden war[95].

III. Liberaler Gleichheitsbegriff, Gerechtigkeit und Rechtsstaat.

Um die Tragweite der im Weimarer Staat herbeigeführten Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz zu erkennen, muß man sich

---

[92] Vgl. Koellreutter, Deutsches Verfassungsrecht, § 19, S. 85.

[93] Vgl. Triepel in Arch. öff. R. 39, 456; Kaufmann, Veröffentl. 3, S. 19 ff.; Jellinek, ebenda, S. 59 ff.; Leibholz, in Arch. öff. R. N. F. 12, 23 ff.

[94] Carl Schmidt, Unabhängigkeit der Richter usw. S. U. J.

[95] Im Ergebnis übereinstimmend: Huber in Arch. öff. R. N. F. 23, 29 ff.

die Auswirkungen des Gleichheitssatzes als eines objektiven Rechtssatzes vor Augen halten. Es handelt sich mit anderen Worten um die Frage, was der an diesen Satz gebundene Gesetzgeber als gleich zu behandeln hatte.

Geht man von den äußeren Tatbeständen aus, so kann man mit Leichtigkeit eine Vielzahl von Fällen in allen liberalen staatsrechtlichen Ordnungen finden, in denen die Gesetze eine ungleiche Behandlung der Staatsbürger enthalten. Die direkten Steuern werden im allgemeinen nicht in einem gleichbleibenden Hundertsatz, sondern nach der Höhe des Vermögens oder Einkommens gestaffelt auferlegt. Soldaten genießen nicht völlige Freizügigkeit. Unzurechnungsfähige werden nicht bestraft, obwohl sie äußerlich genau so rechtswidrig handeln wie normale Staatsbürger. Es handelt sich in allen diesen Fällen um offenbare Ungleichheiten, die aber nicht als solche empfunden werden.

Die Lehre von der Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz wurde deshalb vor die Entscheidung gestellt, ob solche vielleicht sachlich gerechtfertigten Ungleichheiten zulässig seien, daß man also den Gleichheitsbegriff nur als einen „relativen" auffassen sollte, oder ob der Gesetzgeber „absolute Gleichheit" walten lassen müsse.

Der Unterschied zwischen der absoluten und der relativen Gleichheit wurden nicht erst im liberalen Staat empfunden, Anklänge finden sich bereits bei Plato und Aristoteles. Schon im Dialog über den Staat, insbesondere aber in der Ethica Nicomachia findet sich der Hinweis darauf, daß jeder „seiner Würdigkeit entsprechend", behandelt werden müsse. Diese Auffassung, die in dem Gedanken des Suum cuique seit Friedrich dem Großen zur grundlegenden Richtschnur preußischen Staatsdenkens geworden ist, berücksichtigt den Wert der einzelnen Persönlichkeit, der bei der absoluten Gleichheit keine Rolle spielen kann[96].

Nachdem man erkannt hatte, daß der Gedanke absoluter mathematischer Gleichheit sich nicht verwirklichen lasse, ohne zu großer Ungleichheit zu führen[97], suchte man den Gleichheitsbegriff so einzuschränken, daß er zu erträglichen Ergebnissen führte. Nicht schon jede äußerlich verschiedene Behandlung sollte als ungleich gelten. Deshalb versuchte man den philosophischen und mathematischen Begriff der Gleichheit in einen Rechtsbegriff umzuformen, dessen Inhalt die relative Gleichheit sein sollte. Dieser rechtliche Gleichheitsbegriff hatte nicht mehr die völlige Gleichbehandlung gleicher Tatbestände zum Ziel, sondern ließ Ungleichheit gelten, wo die ungleiche Behandlung der

[96] Vgl. Binder, Die Gerechtigkeit als Lebensprinzip des Staates, S. 33.
[97] Vgl. Duguit, Droit const. III, S. 585.

gleichen Tatbestände ein „vernünftiger" Grund bestand. Der rechtliche Gleichheitsbegriff verlangte mithin gleiche Behandlung gleicher Tatbestände, wo vernünftiger Weise eine ungleiche Behandlung nicht erfolgen konnte. Diesem Gedanken gab schon Triepel in seinem mehrfach erwähnten Gutachten zur Goldbilanzenverordnung Ausdruck mit den Worten: „Gleichheit bedeutet: gleiche Behandlung von Tatbeständen, die in bestimmtem Zusammenhang gleich behandelt zu werden verdienen. Was aber gleich behandelt zu werden verdient, das ergibt sich erstens aus den geltenden Anschauungen und anderen Verfassungsbestimmungen und zweitens aus den immanenten Prinzipien der Rechtsordnung. Gleich ist alles zu behandeln, was ungleich zu behandeln Willkür wäre, das heißt auf dem Mangel ernstlicher Erwägung beruht. Der Rechtsgleichheitssatz ist dann verletzt, wenn sich kein vernünftiger Grund für die Unterscheidung geltend machen läßt[98]. Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich verwarf aus ganz ähnlichen Gedankengängen die Geltung der absoluten Gleichheit im Weimarer Staat. Er erklärte, daß der in Artikel 109 I RV aufgestellte Grundsatz der Gleichheit nur unsachliche Unterscheidungen verbiete, nicht aber unbedingt gleichmäßige Behandlung gebiete[99]. Die negative Fassung dieser Begriffsbestimmung über den Inhalt des Gleichheitssatzes zeigt die Schwierigkeiten, denen die Ausweitung des Gleichheitsbegriffes ausgesetzt war. Sie läßt deutlich die Tendenz der Abwehr gegenüber dem Gesetzesabsolutismus erkennen, die dem Gleichheitsbegriff des Artikel 109 I RV beigelegt wurde. Danach sollte er vor allem die Willkür des Gesetzgebers verhüten. Dieser Zielrichtung hätte der absolute Gleichheitsbegriff nicht entsprechen können. Denn, weil die mathematische Gleichbehandlung ihrerseits zur Ungleichheit führt, kann der Gesetzgeber auch dadurch willkürlich handeln, daß er die absolute Gleichheit dort durchführt, wo eine unterschiedliche Behandlung vernünftiger erscheint, wie etwa bei der Steuergesetzgebung. Es war deshalb nur folgerichtig, daß der Gleichheitssatz als objektives Rechtsprinzip nur die relative Gleichheit zum Inhalt haben konnte, wie dies auch von der neueren Ansicht vorgeschlagen worden war[100].

Mit dieser Feststellung des Inhaltes der Gleichheit begannen aber erst die eigentlichen Schwierigkeiten in der Praxis. Es galt, die Grenzen der relativen Gleichheit zu bestimmen. Hierfür wurden die verschiedensten Lösungen angeboten, die zum Verständnis der späteren Ausführungen wenigstens kurz gestreift werden sollen. Die engste Auf-

[98] Goldbilanzen Vo. S. 30.

[99] Vgl. die Besprechung des Urteils durch Jellinek in Arch. öff. R. N. F. 15, 11.

[100] Vgl. Triepel, a. a. O.; Leibholz, Gleichheit S. 38; Aldag, Gleichheit S. 22; Kaufmann, Veröffentl. III, 17; Dix, Grundrecht S. 48§49.

fassung vertraten Nawiawsky[101] und v. Hippel[102]. Der Kernpunkt ihrer Ausführungen läuft auf die Unterscheidung von persönlicher und sachlicher Gleichheit hinaus. Durch Heranziehung der mit dem Artikel 109 in Zusammenhang stehenden Verfassungsbestimmungen kamen Nawiawski und v. Hippel zu dem Ergebnis, daß die Weimarer Verfassung nur das Verbot persönlicher Ungleichheit, d. h. das unmittelbare Verbot jeder Klassengesetzgebung enthielte, nicht aber auch das Verbot sachlicher Ungleichheit. Die Bindung des Gesetzgebers sollte deshalb nur auf dem Gebiet der persönlichen Gleichheit bestehen. Die Entscheidung, ob eine persönliche Ungleichheit in einem Gesetz vorliege oder nicht, sollte nach Nawiawski leicht zu finden sein. Dazu sollte nur geprüft werden, ob eine sichtbare Unterscheidung nach „sozialen Gruppen" im Gesetz erkennbar sei. An diesem Maßstabe sei alles fest und sicher bestimmbar. Zwar müsse hier das persönliche Urteil des Richters eingreifen. An dem Urteilenden würden aber nicht zu hohe Anforderungen gestellt, weil der Richter auch z. B. in § 130 StGB frei zu beurteilen habe, was eine „Klasse" sei, und dort hatten sich bisher keine Mißstände ergeben. Nawiawsky empfahl diesen Weg schon deshalb, weil so jedes Abirren in einen Ueberpositivismus, in Naturrecht, vermieden werde.

Einen ähnlichen Standpunkt vertrat Carl Schmitt. Er führte aus, daß Artikel 109 I RV die Grundlage des bürgerlichen Rechtsstaates sei, der auf der Freiheit und der Gleichheit der Staatsbürger beruhe. Gleichheit vor dem Gesetz bedeute nicht nur gleichmäßige Anwendung eines einmal erlassenen Gesetzes, sondern Schutz gegen Durchbrechungen, Dispensationen und Privilegregierungen, gleichgültig, in welcher Form sie ergehen. Vor allem hebt Schmitt hervor, daß die Gleichheit vor dem Gesetz dem rechtsstaatlichen Begriff des Gesetzes immanent sei. Gesetz sei nur das, was in sich selbst der Möglichkeit nach eine Gleichheit enthalte, also eine generelle Norm. „Vor einem Einzelbefehl gibt es keine Gleichheit, weil er in diesem Inhalt ganz von der individuellen Lage des Einzelfalles bestimmt ist, während das Gesetz im rechtsstaatlichen Sinne eine normative Regelung bedeutet, die von der Idee der Gerechtigkeit beherrscht ist und deren Gleichheit Gerechtigkeit bedeutet". Von diesem Standpunkte aus kam Schmitt zu dem Ergebnis, daß Artikel 109 RV aus induviduellen Gründen gegen eine bestimmte Person oder eine Mehrheit bestimmter Einzelpersonen gerichtete Gesetze verbiete. Durch dieses Verbot sei der Gesetzgeber gebunden[103].

---

[101] Nawiawsky, Veröffentl. 3, S. 40.
[102] Arch. öff. R. N. F. 10, 131.
[103] Schmitt, Verfassungslehre, S. 154/55.

Die Ansichten von Nawiawsky, v. Hippel und Schmitt konnten naturgemäß die durch die politische Entwicklung zurückgedrängten liberalistischen Kräfte des Weimarer Staates nicht befriedigen, weil sie dem Gesetzgeber nicht die geforderten engen Grenzen zogen. Die Erlassung sachlich ungleicher Gesetze konnte überdies auch zu persönlicher Ungleichheit führen, da sich persönliche und sachliche Gleichheit, wie mit Recht hervorgehoben wurde, nicht trennen ließen. Insbesondere Triepel machte geltend, daß jedes sachliche Verhältnis auch seine persönliche Seite habe[104]. Die Ansicht von Carl Schmitt ließ außerdem vermissen, nach welchen Gesichtspunkten die Gerechtigkeit des Gesetzes festgestellt werden sollte.

Am stärksten ist der Zusammenhang des Gleichheitssatzes mit der Idee der Gerechtigkeit von Erich Kaufmann betont worden[105]. Er machte geltend, daß die Unterscheidungen und die Nichtunterscheidungen der Gesetze gerecht sein müßten. Bei der Frage nach der Gerechtigkeit handle es sich nicht um Diskussionsregeln, sondern um eine materielle Ordnung. Eine Definition der Gerechtigkeit lasse sich, so meinte Kaufmann, nicht geben, weil das unmittelbar Erkannte als solches nicht definierbar sei. Bei der Gerechtigkeit handle es sich um unmittelbare Erkenntnis, um Erkenntnis im Gewissen, die wiederum davon abhängig sei, ob das Gewissen spreche. So kommt Kaufmann zu dem von ihm selbst als merkwürdig bezeichneten Ergebnis, daß der Inhalt des Gleichheitssatzes trotz seines objektiven Ausgangspunktes nicht objektiv bestimmt werden könne, sondern bei Beurteilung der sittlichen Persönlichkeit unterliege. „Wer reinen Herzens ist, ist gerecht als Handelnder und als Richtender und nur er". Hierin will Kaufmann keinen Subjektivismus sehen, sondern nur die Erkenntnis der Tatsache, daß Gerechtigkeit etwas Schöpferisches sei und nicht die technische Anwendung starrer, abstrakter Normen. Nach Kaufmann gibt es entgegen der Ansicht des Naturrechtes nicht nur eine Gerechtigkeitsidee, von welcher die urteilende sittliche Persönlichkeit auszugehen habe. Es sei der Irrtum des rationalistischen Naturrechts gewesen, nur eine Gerechtigkeitsidee zu kennen, nämlich die Verkehrsgerechtigkeit und auf diese alle Fragen zurückzuführen. Hierauf beruhe es, daß der Vertrag zum Grundinstitut der modernen Rechtsordnung geworden sei. Demgegenüber müßte wieder auf die rechtsphilosophischen Anschauungen des vorrationalistischen Naturrechtes, auf Aristoteles und auf das christliche Naturrecht zurückgegangen werden, um zu erkennen, daß es neben der Verkehrsgerechtigkeit auch andere Gerechtigkeitsprinzipien gäbe, nämlich die der Justitia distributiva,

[104] Triepel, Veröffentl. 3, S. 50.
[105] Veröffentl. 3, S. 9 ff.

vindicativa usw. Eine schwierige, dem Gesetzgeber treffende Aufgabe sei die Auswahl des zur Anwendung gelangenden Gerechtigkeitsprinzips. In dieser Wahl sei der Gesetzgeber frei und im Sinne des Artikels 109 I RV nur seinem Gewissen unterworfen. So wird z. B. die Aufwertungsgesetzgebung als ein radikaler Verstoß gegen die Verkehrsgerechtigkeit angesehen und darauf hingewiesen, daß der Gesetzgeber hier die Grundsätze der Justitia distributiva angewendet habe. Ein Verstoß gegen die Gerechtigkeit könne allerdings darin liegen, daß der Gesetzgeber mit der Wahl eines bestimmten Gerechtigkeitsprinzipes eine Ungerechtigkeit begehe[106]. Habe der Gesetzgeber einmal ein bestimmtes Gerechtigkeitsprinzip gewählt, dann sei auch der Richter bei der Gesetzesanwendung daran gebunden. Aber auch die Gesetzgebung selbst müsse innerhalb des gewählten Prinzips gerecht sein. Ob sie es sei, richte sich nach der Beurteilung durch den Richter. So kommt Kaufmann zu dem Ergebnis, daß nur eine sorgfältige Heranbildung des Richternachwuchses die ethische Persönlichkeit schaffen könne, die gut und gerecht als Richter sei[107].

Bei der Ansicht Kaufmanns, die mit Recht den inneren Zusammenhang der Gleichheit mit der Gerechtigkeit hervorhebt, deren Feststellung aber typisch individualistisch und liberalistisch treffen will, handelt es sich nach den eigenen Angaben Kaufmanns nicht um dogmatische Ausführungen, sondern um ein Bekenntnis[108]. Es ist deshalb nicht überraschend, daß sein Standpunkt scharfe Kritik gefunden hat. Er mußte schon deshalb Widerspruch finden, weil das Vertrauen auf den Persönlichkeitswert der liberalistischen Anschauung keine genügende Garantie dafür bieten konnte, daß der Gesetzgeber die in dem Liberalismus passende Idee der Gerechtigkeit wählen würde. Eine dem Grundsatz von der drei Gewaltenteilung entsprechende Ueberwachung der Gesetzgebung ließ sich überhaupt nur durchführen, wenn für den Inhalt des vom Gesetzgeber zu beachtenden Gleichheitsbegriffes annähernd objektive Gesichtspunkte zur Verfügung gestellt werden. Die Ermittlung der Gerechtigkeit nach dem richterlichen Gewissen mußte zu unsicher erscheinen, weil stets die Möglichkeit widersprechender Entscheidungen besteht[109].

Es wurde deshalb versucht, den Inhalt des Gleichheitsbegriffes der Idee der Gerechtigkeit zu unterstellen, ohne dafür eine rechtsphilosophische Grundlage heranzuziehen. Dabei war man sich klar, daß die

---

[106] Kaufmann, a. a. O. S. 14.

[107] a. a. O. S. 22/23.

[108] a. a. O. S. 2.

[109] Vgl. dazu auch Stier-Somlo in Nipperdey, Die Grundrechte usw. Art. 109 S. 188 ff.

Frage der Rechtsgleichheit nicht nach einer starren und unbeweglichen Formel entschieden werden könne, sondern, daß dem richterlichen Ermessen ein notwendiger Spielraum geboten werden müsse, wie er ihm auch heute zur Verfügung stehe[110]. Triepel glaubte die Generalformel für den Inhalt des Gleichheitssatzes darin gefunden zu haben, daß gleich all das wäre, was ungleich zu behandeln Willkür sei, d. h. „auf dem Mangel vernünftiger ernstlicher Erwägung beruhe"[111]. Die Entscheidung darüber, ob ein vernünftiger Grund für eine ungleiche Behandlung im Gesetz bestanden habe, sollte dem richterlichen Ermessen überlassen werden. Dieser Standpunkt entspricht demjenigen des amerikanischen und des schweizerischen Staatsrechtes, deren Rechtsideen Triepel auch zur Uebernahme empfahl. Eine ähnliche Rechtsprechung übte auch schon seit längerer Zeit das preußische Oberverwaltungsgericht bei der Frage der Wirksamkeit von Verfügungen. Jellinek[112] wies darauf hin, daß das OVG zur Aufhebung einer Verfügung gekommen sei, wenn sie sich nicht als allgemeiner Grundsatz aufrecht erhalten lasse, und er meinte, es sei nicht einzusehen, warum das nicht auch auf den Gesetzgeber sollte angewendet werden können.

Die Ansicht Triepels und Jellineks beeinflußten maßgeblich die Stellungnahme fast aller Anhänger der neueren Lehre von der Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz. Aldag prüfte kritisch die in der Schweiz gegebenen Bestimmungen über den Inhalt des Gleichheitssatzes. Er lehnte die im Schweizer Staatsrecht hervorgetretene Auffassung ab, daß die Gleichheit verletzt sei, wenn ein Gesetz einen willkürlichen Unterschied mache. Willkür sollte danach vorliegen, „wenn ein klares Recht so offenkundig verletzt ist, daß sich die Vermutung aufdrängt, der Gesetzgeber habe sich von anderen als sachlichen Erwägungen leiten lassen"[113]. In dem Begriff der Willkür liegt aber keine genügende Begriffsbestimmung der Rechtsgleichheit. Deshalb kam Aldag zu dem Ergebnis, daß der Willkürbegriff versage. Die Entscheidung, wann das Erfordernis der Gleichheit des Gesetzes gewahrt sei, sollte nach den allgemeinen Rechtsanschauungen getroffen werden, im wesentlichen nach der Idee der Gerechtigkeit, für deren Feststellung Aldag aber keine genügenden Richtlinien gab[114].

Leibholz ging sehr ausführlich auf den Begriff des Rechts und der Rechtsidee ein. Er lehnte mit Recht das Bestehen einer unwandel-

[110] Stier-Somlo, a. a. O. S. 196.
[111] Veröffentl. 3, S. 30.
[112] Veröffentl. 3, S. 60.
[113] Schweizer Bundesgerichtsentsch. 3, S. 134.
[114] Aldag, S. 38.

baren Rechtsidee, d. h. eines unwandelbaren Gerechtigkeitsgedankens, ab, weil sie in steter Entwicklung begriffen sei. Deshalb könne, so meinte Leibholz, auch kein allgemein gültiger Inhalt des Rechtsbegriffes der Gleichheit gegeben werden. Leibholz wollte infolgedessen den Begriff der Gerechtigkeit auf die zeitlichen, örtlichen und nationalen Verhältnisse zuschneiden. Der Gerechtigkeitsgedanke kann sich nach ihm nur in einer begrenzten Form, dem Rechtsideal offenbaren[115]. Anstatt aber hieraus die Folgerungen zu ziehen und auf das Rechtsgefühl des Volkes zurückzugehen, bog Leibholz den Begriff der Gerechtigkeit auf liberalistische Gedankengänge ab. Im Gegensatz zu Aldag wollte Leibholz den liberalistisch ausgedeuteten Willkürbegriff zur Bestimmung der Gerechtigkeit heranziehen. Er verstand unter dem Verbot der Willkür die Bindung der Verfassung an die Rechtsidee. Da Willkür der Gegenpol der Gerechtigkeit sei, könne sie ebenso wenig wie diese in eine endgültige Definition gepreßt werden. Deshalb sollte auch der Willkürbegriff als wandelbar angesehen werden[116]. Willkürlich sollte ein staatlicher Akt sein, für den sich schlechterding kein vernünftiger Grund finden lasse. Dabei kann nach Leibholz wiederum der Begriff vernünftig nicht ein für allemal feststehend bestimmt werden. Der Inhalt des Gleichheitssatzes wurde hiernach von Leibholz darin gefunden, daß die Gesetzgebung nach dem jeweiligen Rechtsempfinden nicht willkürlich gehandhabt werden dürfe, soweit sie sich an die Adresse von Rechtssubjekten wende[117].

Die Begründung und die Ergebnisse, die die Arbeiten von Triepel, Aldag und Leibholz lieferten, wichen von der Auffassung Kaufmanns ab. In einem Punkte allerdings herrschte bei allen Schriftstellern Uebereinstimmung: die Gleichheit ließ sich ihrer Ansicht nach ihrem Inhalte nach nicht fest bestimmen. Stets sollte letzlich auf das Rechtsempfinden zurückgegangen werden. Der Unterschied zwischen den beiden Auffassungen lag im wesentlichen darin, daß Kaufmann allein das persönliche Rechtsempfinden des liberalistisch geschulten Richters entscheiden lassen wollte und sich so dem Gedanken der Freirechtsschule näherte, während die übrigen Schriftsteller versuchten, einen objektiven Maßstab zu liefern, nach welchem der Richter in gewissen Grenzen die Entscheidung über die Einhaltung des Gleichheitssatzes durch den Gesetzgeber nach seinem Ermessen zu treffen hatte. Welcher der beiden Standpunkte für den Weimarer Staat der zutreffende war, bedarf heute keiner Entscheidung mehr. Hier soll nur festgestellt werden, daß sich trotz der Gegensätzlichkeit der Auffassungen ein Gedanke

[115] Leibholz, S. 59.
[116] Leibholz, S. 73.
[117] a. a. O. S. 60.

übereinstimmend findet, nämlich, daß sich die Gleichheit vor dem Gesetz von der Idee der Gerechtigkeit nicht trennen lasse. Dadurch, daß man den Gleichheitsgedanken zum objektiven Rechtsprinzip erhob, wurde der ungeschriebene oberste Grundsatz eines jeden Rechtes, die Gerechtigkeit, zur unmittelbaren Richtlinie für die Ausgestaltung der positiven Rechtsordnung gemacht. Doch sollte die Gerechtigkeit selbst nach liberalistischen Grundsätzen bestimmt werden.

Der Gleichheitsgrundsatz führte aber nicht nur zur einer Positivierung des allgemeinen Gerechtigkeitsprinzipes, sondern trug zugleich zu einer Festigung des bürgerlichen Rechtsstaates bei. Denn der Gleichheitssatz brachte die Festlegung des Gesetzesbegriffes im bürgerlichen Rechtsstaat. Carl Schmitt hat mit Recht darauf hingewiesen, daß das Gesetz nach seinem rechtsstaatlichen Begriff eine abstrakte, für eine bestimmte Zahl von Fällen gedachte Norm sei und deshalb gar nicht anderes als gleich sein könne, d. h. keine Durchbrechung im Einzelfall enthalten dürfe[118].

„Artikel 109 I RV bedeutet also die Normierung objektiver Rechts- und Verfassungsprinzipien"[119].

IV. Der Gleichheitsbegriff im deutschen Führerstaat.

1. Der Einfluß der nationalen Revolution von 1933 auf den zweiten Teil der Weimarer Verfassung und den Artikel 109 I RV.

Nach dem Rückblick auf den Gleichheitsbegriff des Weimarer Staates wollen wir uns der Untersuchung zuwenden, ob und welche Bedeutung dem Gleichheitssatz noch im neuen deutschen Staat zukommt. Diese Untersuchung kann nicht einfach ihren Ausgangspunkt bei der früheren staatsrechtlichen Auffassung nehmen und sie der jetzigen gegenüberstellen. Dies verhindert schon das in den vorangegangenen Untersuchungen aufgefundene Ergebnis, daß der Gleichheitssatz ein in der Verfassung von 1919 verankertes objektives Rechtsprinzip war. Der Gang der Untersuchung muß deshalb zunächst die Einwirkung der nationalen Revolution von 1933 auf den Bestand der Weimarer Verfassung berücksichtigen, sodann feststellen, ob der Gleichheitssatz trotz Beseitigung der Weimarer Verfassung als Rechtssatz Fortbestand haben kann und sich schließlich im Falle der Bejahung dieser Frage mit der jetzigen Bedeutung des Gleichheitssatzes befassen.

Das Besondere der deutschen Staatsumwälzung des Jahres 1933 liegt darin, daß die zur Ergreifung der Macht drängende revolutionäre Volks-

[118] Verfass. Lehre S. 154; Legalität und Legimität S. 20 ff.
[119] Huber, Arch. öff. R. N. F. 23, 33.

bewegung des Nationalsozialismus sich nicht gegen eine bestehende Regierung wandte. Die notwendigen revolutionären Aktionen standen unter Leitung der Regierung, die auf legalem Wege vom Reichspräsidenten berufen worden war. Die hierdurch bedingte äußere Aufrechterhaltung der staatsrechtlichen Kontinuität darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich bei der nationalen Erhebung nicht um einen bloßen Staatsstreich, sondern um eine echte Revolution gehandelt hat[120]. Drei Voraussetzungen hat eine Revolution im staatsrechtlichen Sinne: sie muß von einer Volksbewegung getragen sein, die bisherige Rechtsordnung durchbrechen und vor allem eine neue Staatsidee an die Stelle der alten setzen[121]. Fehlt es an dem Durchbruch einer neuen Staatsidee, so ist die von der Exekutive des Staates herbeigeführte Umwälzung lediglich ein Staatsstreich und die bisher geltenden politischen und staatsrechtlichen Ideen werden in ihren Grundlagen unverändert bleiben.

Die NSDAP war von Anbeginn an keine eigentliche Partei, sondern eine revolutionäre Volksbewegung, die unter einer entschlossenen Führung für die Durchsetzung neuer, von der Volksgemeinschaft her orientierter politischer Ideen kämpfte. Die Tatsache, daß die von dieser Bewegung vorwärts getriebene Volkserhebung planmäßig eingeleitet und abgeschlossen wurde, steht der Annahme einer echten revolutionären Erhebung nicht entgegen. Man muß sich von der Annahme freimachen, daß eine Revolution stets unmittelbar aus dem Volke hervorbrechen müsse. Die Revolutionen des 20. Jahrhunderts zeigen gegenüber denen des 18. und 19. Jahrhunderts eine neue Taktik. Die planmäßige Vorbereitung und die zielbewußte Leitung sind ihre Kennzeichen, die nicht mehr als revolutionsfremd gelten können[122]. Die faschistische Revolution in Italien, die nationalsozialistische Erhebung und neuerdings die nationale Bewegung in Spanien bieten hierfür gute Beispiele.

Das zweite Merkmal der Revolution liegt auf rechtlichem Gebiet. Sie muß zu einer Durchbrechung der bestehenden staatsrechtlichen Ordnung führen. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob diese Durchbrechung mehr oder weniger gewaltsam, vielleicht sogar kampflos erfolgt. Auch ist nicht entscheidend, ob Staatsgrundsätze oder Verfassungen ausdrücklich aufgehoben werden. „Das sind nur die äußeren Zeichen eines tiefer liegenden Vorganges. Entscheidend ist der in ihnen sich dokumentierende Zusammenbruch der alten Ordnung“[123]. Die

[120] Vgl. hierzu Koellreutter, Grundriß, S. 68/69; Scheuner in Arch. f. öff. R. N. F. 24, 166 ff.

[121] Koellreutter, a. a. O.

[122] Scheuner, a. a. O. S. 176.

[123] Scheuner, a. a. O. S. 176.

Revolution muß mit der bis dahin bestehenden staatsrechtlichen Ordnung brechen. Eine Beibehaltung der alten Ordnung in neuer Gestalt wäre bloße Reform. Die faschistische Revolution hat als erste gezeigt, daß es nicht der formellen Außerkraftsetzung der bis dahin bestehenden Verfassung bedarf, um die alte staatsrechtliche Ordnung zu beseitigen, wie dies zum Beispiel 1918 in Deutschland mit der Außerkraftsetzung der Verfassung des Kaiserreiches geschehen ist. Die Beseitigung der bislang bestehenden staatsrechtlichen Ordnung kann selbst unter Aufrechterhaltung der äußeren Formen der Verfassung, also auf dem verfassungsmäßig vorgesehenen Wege vor sich gehen. Dieser „legale" Weg ist vom Führer der nationalsozialistischen Bewegung eingeschlagen worden. Eine formelle Aufhebung der Weimarer Verfassung ist nicht erfolgt, wenn man von der Beseitigung einzelner verfassungsmäßiger Institutionen, z. B. des Reichsrates und des Amtes des Reichspräsidenten absieht. Der Widerspruch mit der Ordnung des Weimarer Staates zeigt sich mit aller Deutlichkeit in den neuen Staatsgrundsätzen der Jahre 1933—35. Den ersten tiefgehenden Eingriff in das Verfassungsrecht des Weimarer Staates brachte das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933, das unter Bruch mit dem liberalen Grundsatz von der Dreigewaltenteilung der Reichsregierung das Gesetzgebungsrecht verlieh und ihr sogar gestattete, verfassungsdurchbrechende Gesetze ohne Befragen der Volksvertretung zu erlassen. Hiermit war die parlamentarische Demokratie beseitigt, wenn auch der Reichstag als solcher bestehen blieb. Der Bundesstaatscharakter des Deutschen Reiches wurde durch das Gleichschaltungsgesetz vom 31. März 1933 und das Reichsstatthaltergesetz vom 7. April 1933 stark geschmälert, durch das Neuaufbaugesetz vom 30. Januar 1934 endgültig zu Gunsten des Einheitsstaates beseitigt. Artikel I dieses Gesetzes hob die Volksvertretung der Länder auf. Noch tiefer griff Artikel II mit der Bestimmung ein: „Die Hoheitsrechte der Länder gehen auf das Reich über". Die Eigenstaatlichkeit der Länder wurde hiermit beseitigt, sie sind nur noch Gebietskörperschaften und damit Verwaltungseinheiten, deren Bestand ebenso wenig unbedingt geschützt ist wie der der kommunalen Selbstverwaltungen[124].

Die Bedeutung des Reichskanzleramtes verwandelte sich grundlegend. Während nach der Weimarer Verfassung der Reichskanzler nur die Richtlinien der Politik bestimmte und sein Verhältnis zu den übrigen Reichsministern des eines „Primus inter pares" war, wurde der Reichskanzler im dritten Reich durch die Einführung des Führergrundsatzes zur letztlich allein entscheidenden Spitze der Staatsführung.

---

[124] Koellreutter, Deutsches Verfassungsrecht S. 112.

Die Vereinigung des Kanzleramtes mit dem des Reichspräsidenten durch das Gesetz über das Staatsoberhaupt des Deutschen Reiches vom 1. August 1934 machte den Führer und Reichskanzler zum selbständigen Träger allerhöchster staatspolitischer Funktionen. Der Reichskanzler erhielt so die Möglichkeit, die Reichsminister zu entlassen und zu berufen, die Verwaltung einzelner oder mehrerer Ministerien an sich zu ziehen, oder einen Minister mit der Wahrnehmung der Aufgaben mehrerer Ministerien zu betrauen. Die Minister verloren ihre gleichberechtigte Stellung und wurden zu Mitarbeitern des Führers, die nur diesem verantwortlich sind. Die bereits hervorgehobene Beseitigung des parlamentarischen Systems befreite den Reichskanzler und die Reichsminister von der Verantwortlichkeit gegenüber dem Reichstag und der Möglichkeit einer Ministeranklage. Durch die Vereinigung des Amtes des Reichspräsidenten und des Reichskanzlers entfiel die Bedeutung der „Gegenzeichnung" der Regierungsakte des Führers und Reichskanzlers. Die Gegenzeichnung wurde zu einer Mitunterzeichnung, durch welche die Minister dem Führer gegenüber die Verantwortung für die Ordnungsmäßigkeit der aus ihrem Geschäftsbereich hervorgegangenen Regierungshandlungen übernahmen[125]. Die hier nur kurz angedeutete Entwicklung nach 1933 zeigt einen völligen Umbau der Fundamente des Staates, einen restlosen Bruch mit der überkommenen liberalen und demokratischen Staatsauffassung. Die Zerstörung der Eigenstaatlichkeit der Länder, der Uebergang der gesetzgebenden Gewalt auf die Reichsregierung, die Vereinigung der Rechte des Reichspräsidenten- und des Reichskanzleramtes — bedeuten ein so radikales Verlassen der demokratischen staatsrechtlichen Grundsätze der Weimarer Verfassung und eine so grundlegende Zerstörung der in ihr niedergelegten Grundsätze, daß das alte System des Weimarer Staates schon mit Rücksicht auf die einheitsstaatliche und antidemokratische Neugestaltung des Reiches als vernichtet zu gelten hat. Trotz der Aufrechterhaltung der äußeren Formen der Weimarer Verfassung hat diese aufgehört, als geltendes Verfassungssystem zu bestehen[126].

In der aufgezeigten Entwicklung der neuen staatsrechtlichen Grundrechte zeigt sich gleichzeitig das entscheidende Merkmal jeder echten Revolution, der Durchbruch einer neuen Staatsidee. An die Stelle der liberalen und parlamentarischen Demokratie trat der Gedanke des autoritär geführten Volks- und Reichsstaates. Sein entscheidender Zug ist die Ueberwindung des vom Liberalismus verfochtenen schrankenlosen Individualismus. Das Schwergewicht des staatlichen Lebens wird

[125] Koellreutter, Deutsches Verfassungsrecht S. 143.
[126] Pfundtner in Frank NS.-Handb. S. 332 ff.

nicht mehr in der einzelnen Persönlichkeit gesehen. Anfang und Ziel des staatsrechtlichen Denkens ist das Volk, die durch gemeinyame Abstammung und gemeinsames Schicksal verbundene Gemeinschaft. Dieser Gemeinschaft kommt der höhere Wert zu, der Einzelne ist nur ein Mitglied der organischen Ordnung, der nicht nur mit Rechten bedacht wird, sondern sich vor allem der Pflichten und der Verantwortung gegenüber der Gemeinschaft bewußt zu sein hat. Das Verhältnis des Einzelnen zum Staat wird nicht mehr von der Einzelpersönlichkeit her, sondern von den Erfordernissen der völkischen Lebensgemeinschaft bestimmt, denen sich der Einzelne unterzuordnen hat. So wird der die liberalistische Staatsauffassung Gegensatz Einzelpersönlichkeit — Staat auf einer höheren Ebene aufgehoben. An die Stelle des Mißtrauens und des Kampfes gegen den Staat tritt das Bekenntnis zu Volk und Staat, verbunden mit der Forderung sozialer Gerechtigkeit und der Ueberwindung der Klassengegensätze im gemeinschaftlichen Dienst am Ganzen, der als höchste sittliche Pflicht zu gelten hat[127]. Damit ändert sich aber auch der Begriff des Volkes. Die liberalistische Ansicht, welche in dem Volk nur die organisierte Zusammenfassung aller im Gebiete eines Staates mit staatsbürgerlichen Rechten ausausgestatteten Personen erblickte, muß einer lebendigen natürlichen Auffassung Platz machen. Die Zugehörigkeit zum Volk wird nicht mehr durch gesinnungsmäßige Zugehörigkeit oder durch Einbürgerung bestimmt, sondern durch die natürliche Verbundenheit des Blutes und die durch das Schicksal bedingte Lebensgemeinschaft, d. h. durch die Rasse und die geistige Wesensart[128].

Für die vorliegende Arbeit gilt es nun zu klären, welchen Einfluß diese tiefgehende Neugestaltung des deutschen staatlichen und politischen Lebens auf die Weimarer Verfassung gehabt hat. Nicht nur die mit ihr unvereinbaren neuen Staatsgrundgesetze, die die äußerliche staatliche Neuordnung herbeiführten, auch die Aenderung der das Staatsleben beeinflussenden Weltanschauung mußte zu einer Aenderung des Verfassungsrechtes führen. Die Grundideen des Staatsrechtes überhaupt hatten sich verändert. Das Staatsleben stand, vielleicht nicht zu einzelnen Vorschriften, jedenfalls aber mit der leitenden Grundgedanken der Weimarer Verfassung, die demokratisch und liberalistisch waren, im Widerspruch. Damit trat eine Verfassungswandlung auch auf den Gebieten ein, die von der neuen staatlichen Ordnung nicht unmittelbar betroffen wurden, aber mit den neuen Staatsideen im Widerspruch standen. Denn eine Wandlung des Verfassungsrechtes

[127] Vgl. Scheuner in Arch. öff. R. N. F. 24, 269.

[128] Vgl. Kier in Frank, NS.-Handb. S. 18/19; Koellreutter, Grundriß S. 34 ff.; derselbe in Deutsches Verfassungsrecht S. 66 ff.

tritt nicht nur durch eine rechtsschöpferische Neugestaltung des Verfassungsrechtes ein, sondern auch dann, wenn sich das Staatsleben zwar nicht im Gegensatz zu einzelnen Verfassungsgesetzen, aber im Widerspruch zu den leitenden Grundgedanken des ganzen Verfassungssystems fortentwickelt, so daß die gesamte politische Wertordnung verschoben wird[129]. Zu den durch die neue Staatsidee überholten Verfassungsgesetzen gehört der zweite Abschnitt der Weimarer Verfassung, der sich mit den Grundrechten und Grundpflichten der Deutschen befaßt und der von dem staatlichen Neuaufbau nicht ausdrücklich betroffen worden ist. Für negative Freiheitsrechte des Einzelnen ist in einem Staatsleben, das das Schwergewicht vom Einzelnen hinweg auf die Volksgemeinschaft verlegt, kein Raum mehr, weil sie mit dem politischen Grundwert des Nationalsozialismus, der völkischen Gemeinschaft nicht vereinbar sind. Die Betonung der individuellen Freiheitsrechte des Einzelnen steht die Bildung einer auf gegenseitiger Verantwortung aufgebauten Volksgemeinschaft im Wege. Damit haben die Grundrechte ihren Sinn verloren. Der zweite Hauptteil der Weimarer Verfassung ist mit der nationalsozialistischen Staatsauffassung nicht in Einklang zu bringen und hat deshalb als beseitigt zu gelten[130].

Damit sind die Voraussetzungen für die weitere Prüfung der Frage geschaffen, ob der Gleichheitssatz des Artikel 109 I RV noch Geltung beanspruchen kann. Wenn nach den vorangegangenen Feststellungen auch kein Raum mehr für festgelegte Grundrechte vorhanden ist, so darf doch nicht übersehen werden, daß sich einige Grundrechte über ihren individualistischen Charakter hinaus zu objektiven Rechtssätzen entwickelt hatten. Zu diesen Sätzen gehörte nach den Feststellungen des zweiten Teiles der Arbeit der Gleichheitssatz. Mit der Begründung, daß Grundrechte im deutschen Führerstaat nicht mehr denkbar seien, kann also der Gleichheitssatz nicht ausgeräumt werden, weil seine Bedeutung über die eines Grundrechtes hinausging. Auch der an sich denkbare Hinweis, daß Artikel 109 I RV seine Stellung in dem beseitigten zweiten Hauptteil der Weimarer Verfassung habe, und deshalb mitaufgehoben worden sei, ist nicht stichhaltig. Dieser Teil der Weimarer Verfassung enthält Sätze, die auch dem Ideengut des Nazionalsozialismus entsprechen und deshalb weiter bestehen werden. Es sei hier nur auf die Artikel 131 RV über die Staatshaftung und Artikel 135 RV über die Glaubensfreiheit hingewiesen, die auch im nationalsozialistischen Staat gewährleistet wird. Mit Recht haben deshalb einige Schriftsteller darauf hingewiesen, daß einzelne Grundrechte als Rechtssätze übernommen worden seien, soweit sie

[129] Vgl. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht S. 75 ff., 137 ff.

[130] So auch Pfundtner in Frank NS.-Handb. S. 335; Koellreutter, Grundriß S. 105.

mit den politischen Grundwerten des Nationalsozialismus vereinbar sind. Ihre Auslegung hat naturgemäß auf dieser Grundlage, nämlich nach den Auffassungen des nationalsozialistischen Staates zu erfolgen[131].

Infolgedessen kommt es nunmehr darauf an, festzustellen, ob und in welcher Form der Gleichheitssatz mit den neuen staatsrechtlichen Ideen vereinbar ist und deshalb als aufrechterhalten gelten kann.

II. Der Gleichheitsrechtssatz und der deutsche Führerstaat.

Die zur Beantwortung der vorstehend aufgeworfenen Frage erforderliche Prüfung hat sich zunächst darauf zu erstrecken, ob der Gleichheitssatz in der bisher geltenden Form, nämlich als den Gesetzgeber bindenden Rechtssatz, Fortbestand haben kann. Dieser Ansicht ist offenbar Poetzsch-Heffter[132]. Er weist zwar darauf hin, daß sich die Bedeutung des Gleichheitsgrundsatzes gewandelt habe. Der Gleichheitssatz werde nunmehr inhaltlich von den Gerechtigkeitsvorstellungen des Nationalsozialismus erfüllt. Aber Poetzsch-Heffter fährt dann fort: „Deshalb stellte die Gesetzgebung, die die Nichtarier aus dem Beamtentum und den staatlich gebundenen Berufen ausschloß und fernhält, keine Durchbrechung des Artikel 109 I RV dar. Denn Artikel 109 I RV gebietet nur, daß gleiche Tatbestände gleich behandelt werden sollen, sagt aber nichts darüber, wann gleiche Tatbestände gegeben sind. Das entscheidet nunmehr die nationalsozialistische Weltanschauung..."[133]. Von einer Durchbrechung des Artikel 109 I RV kann überhaupt nur dann die Rede sein, wenn eine Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz besteht und diese Bindung in dem Gesetz nicht beachtet wird. Die Stellungnahme von Poetzsch-Heffter bedeutet deshalb, wie der Gegenschluß zu seinen Ausführungen ergibt, nichts anderes, als daß der Gleichheitssatz auch im nationalsozialistischen Staat seine Geltung als ein den Gesetzgeber bindender Rechtssatz behält, nur daß der Inhalt des Satzes nicht mehr nach liberalistischen, sondern nach den Gerechtigkeitsideen des nationalsozialistischen Staates bestimmt werden sollen. Eine Begründung für seine Ansicht gibt Poetzsch-Heffter nicht. Deshalb kann Kritik nur an seinem Ergebnis geübt werden, das den Grundgedanken des heutigen Staatsrechtes in keiner Weise gerecht wird.

---

[131] Koellreutter, Dtsch. Verf. R. S. 87; Scheuner in Arch. öff. R. N. F. 24, S. 179.
[132] Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Bd. 22, S. 265.
[133] Poetzsch-Hefter a. a. O.

In den Ausführungen des ersten Teiles dieser Arbeit ist hervorgehoben worden, daß das liberale Staatsrecht von zwei Leitgedanken beherrscht wurde, den Freiheitsrechten des Einzelnen und dem Grundsatz von der Dreigewaltenteilung. Der Grundsatz der Gewaltentrennung wiederum sollte in erster Linie den Schutz der zuerst genannten Individualrechte verbürgen. Dieser Zusammenhang legte klar, daß die Erhebung des Grundrechtes der Gleichheit zum objektiven Rechtssatz ihren wahren Grund darin hatte, der drohenden Vereinigung der Staatsgewalten, der Verwaltung und Gesetzgebung und damit der Willkür der Exekutive nach Möglichkeit zu begegnen[134]. Hierbei handelte es sich insofern um ein Kuriosum, als in dem Gleichheitssatz gerade ein Individualrecht, zu dessen Schutz der politische Grundsatz der Gewaltentrennung eigentlich berufen war, dazu (wenn auch unter der veränderten Form eines objektiven Rechtssatzes) herangezogen wurde, um den ins Wanken geratenen Grundsatz der Gewaltentrennung zu stützen. Die hierin zutage tretende enge Verbindung zwischen dem Gleichheitssatz und der Gewaltentrennung muß notwendiger Weise zu dem Ergebnis führen, das beide in der Bedeutung, die ihnen im Weimarer Staat zugewiesen wurde, nur gemeinsam bestehen können. Die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz machte die Nachprüfung der Gesetze durch den Richter auf ihre Rechtsmäßigkeit erforderlich und sicherte so die Ueberwachung der Gesetzgebung durch die Rechtsprechung, d. h. die Aufrechterhaltung der Gewaltentrennung. Das Richtertum hatte dafür zu sorgen, daß die Vorherrschaft des Gesetzes gewahrt blieb. Das politische Prinzip der Gewaltentrennung war ohne den Rechtssatz der Gleichheit nicht mehr denkbar, weil sich die Grenze zwischen Gesetzgebung und Verwaltung infolge der Arbeitsunfähigkeit des ordentlichen Gesetzgebers, des Reichstages, immer mehr verwischte und nur der Gleichheitssatz nunmehr auf die Gesetzgebung ausübende Verwaltung noch gewisse feste Grenzen setzen konnte. Aber auch der Gleichheitssatz war in seiner, den Gesetzgeber bindenden Bedeutung, ohne den politischen Grundsatz der Gewaltentrennung nicht denkbar, weil er erst durch die Unabhängigkeit der Rechtsprechung die Gewähr für eine genügende Ueberwachung des Gesetzgebers hinsichtlich der Einhaltung des Gleichheitssatzes bot. Diese gegenseitige Abhängigkeit mußte sich naturgemäß auswirken, sobald eine Aenderung in der Bedeutung des Gleichheitssatzes oder des Grundsatzes der Gewaltentrennung eintrat.

Für den Grundsatz der Gewaltentrennung als politisches Prinzip von Montesquieu zur Anerkennung gebracht, waren in erster Linie poli-

---

[134] Vgl. S. 47 ff.

tische Gesichtspunkte maßgeblich. Er hatte eine Sicherheits- und Ordnungsfunktion für die Rechte des einzelnen Staatsbürgers. Kommen im Staate diesem Grundsatz entgegengesetzte antiliberale politische Ideen zum Durchbruch, so ist damit gleichzeitig die politische Entscheidung gegen die Beibehaltung des Grundsatzes der Gewaltentrennung gefällt. Im deutschen Führerstaat ist für eine gegenseitige Ueberwachung der Staatsgewalten und die dadurch bedingte Gewaltentrennung kein Raum, weil die politische Führung sonst in ihrer Tätigkeit und Entschlußkraft nicht nur gehemmt wird, sondern sie sogar an die Rechtsprechung als die überwachende Staatsgewalt verlieren kann. Durch das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1934 sind deshalb die Grenzen zwischen der Verwaltung und der Gesetzgebung endgültig niedergerissen worden. Die politische Führung hat wieder die erforderliche Einheit und Stoßkraft bekommen. Der Grundsatz von der Gewaltentrennung hat damit aufgehört, ein politischer Grundsatz des deutschen Staatsrechtes zu sein. Er ist nicht mehr bindend[135].

Mit der Beseitigung des Grundsatzes der Gewaltentrennung ist zugleich dem Rechtssatz der Gleichheit die Grundlage für die Bedeutung als eines objektiven Rechtsprinzips entzogen worden. Der Gleichheitssatz hatte sich nur deshalb zum allgemeinen Rechtsprinzip umgewandelt, weil er der Aufrechterhaltung der Gewaltentrennung dienen sollte. Er kann die ihm zugedachte Funktion nicht mehr erfüllen. Die Beseitigung der Gewaltentrennung im Interesse einer einheitlichen politischen und straffen Führung mußte notwendigerweise auch die Bindung des Gesetzgebers an die Schranken des Gleichheitssatzes beseitigen.

Aber nicht der Zusammenhang des Gleichheitssatzes mit dem überwundenen Grundsatz der Gewaltentrennung steht der Fortgeltung des Gleichheitssatzes und seiner bisherigen Bedeutung entgegen. Hinzu kommt auch der Wegfall der Möglichkeit, Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit durch den Richter nachprüfen zu lassen. Zwar ist auch im neuen deutschen Staat die Unabhängigkeit der Richter von der politischen Führung verbürgt. Der Richter muß unabhängig sein, weil seine Tätigkeit in der Rechtsanwendung besteht und damit nicht zur politischen Führung gehört, wenn anders er nicht zu einem bloßen Machtinstrument des Staates werden soll. Die nationalsozialistische Führung hat deshalb auch wiederholt darauf hingewiesen, daß an der Unabhängigkeit des Richtertums mit aller Kraft festgehalten werde[136].

---

[135] Uebereinstimmend: Koellreutter, Grundriß S. 90; derselbe, Dtsch. Verf. R. S. 170/71; Poetzsch-Heffter, a. a. O. S. 25, 58.

[136] Vgl. die Rede des Führers vor dem Reichstag am 23. März 1933, mit der er die Unabsetzbarkeit der Richter als Grundlage unseres Rechtslebens anerkannte; ferner die wiederholten Erklärungen des Reichsministers Dr. Frank insbesondere auf dem deutschen Juristentag 1933, lt. Berliner Börsenzeitung Nr. 460 vom 2. 10. 33.

Das richterliche Prüfungsrecht hinsichtlich der förmlichen und inhaltlichen Rechtmäßigkeit der Gesetze unterliegt jedoch einer anderen Beurteilung als früher und mußte ihr unterliegen, weil auch das richterliche Nachprüfungsrecht ideengeschichtlich auf die Lehre von der Trennung der Gewalten zurückgeht. Das richterliche Prüfungsrecht ist mit dem das deutsche Recht beherrschenden Führergrundsatz nicht vereinbar, soweit es sich um Gesetze, Verordnungen oder Erlasse handelt, die auf den Willen des Führers zurückgehen und von ihm gezeichnet sind[137]. Dementsprechend heißt es auch in Satz 3, der auf Veranlassung des Reichsministers Dr. Frank veröffentlichen Leitsätze über die Stellung und Aufgaben des Richters: „Gegenüber Führerentscheidungen, die in die Form eines Gesetzes oder einer Verordnung gekleidet sind, steht dem Richter kein Nachprüfungsrecht zu. Auch an sonstigen Entscheidungen des Führers ist der Richter gebunden, sofern in ihnen der Wille Recht zu setzen, unzweideutig zum Ausdruck kommt"[138]. Damit wird auch die wahre Bedeutung des § 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes wieder hergestellt, daß die Richter nur dem Gesetz unterworfen sind. Schon Anschütz hatte hervorgehoben, daß die Gewährung des richterlichen Prüfungsrechtes gegen diesen Satz verstoße, weil der Richter damit zum Herrn anstatt zum Diener des Gesetzes gemacht werde[139]. Der Fortfall des richterlichen Prüfungsrechtes hinsichtlich der Gesetze auf ihre Rechtmäßigkeit steht ebenfalls der Fortgeltung des in die Gestalt eines objektiven Rechtsprinzips gekleideten Gleichheitssatzes entgegen, weil nunmehr die Stelle fehlt, die über die Einhaltung des Gleichheitssatzes urteilen könnte. Ein Rechtssatz aber, dessen Nichtbefolgung keine rechtlichen Folgen auslöst, steht nur auf dem Papier und ist nicht verbindliches Recht.

Schließlich sei noch hervorgehoben, daß die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz sich auf den nationalsozialistischen Staat auch deshalb nicht übertragen läßt, weil sie dem Führerprinzip entgegensteht, das eine rechtliche Hemmung der politischen Führung im Interesse einzelner Staatsbürger nicht verträgt. Der Gleichheitssatz besteht mithin nicht mehr in seiner Bedeutung als allgemeiner, den Gesetzgeber bindender Rechtssatz. Die im Weimarer Staat streitige Frage, ob er nur persönliche oder auch sachliche Gleichheit verlange, ist für die politische Führung nicht mehr bedeutsam, weil keine irgendwie geartete Bindung der gesetzgebenden Gewalt an den Gleichheitssatz mehr besteht. Hiernach erweist sich auch die Stellungnahme von Poetzsch-Heffter, die den Ausgang der Unter-

[137] Vgl. Eckhardt in Dt. Rechtswissenschaft 1936, 2. Heft, S. 124 ff.
[138] Veröffentlicht in: Dt. Rechtswissenschaft 1936, Heft 2, S. 123.
[139] Komm. zur RV S. 529, Anm. 1.

suchungen dieses Abschnittes bildete, als verfehlt. Nicht die nationalsozialistischen Gerechtigkeitsanschauungen sind dafür verantwortlich, daß die Nichtariergesetzgebung mit dem Gleichheitssatz nicht in Widerspruch steht, sondern die Beseitigung der die politische Führung bindenden Wirkung des Gleichheitssatzes. Mit der Beseitigung des Gleichheitssatzes in seiner bisherigen Bedeutung kann die politische Führung bei der Rechtsetzung wieder die im Hinblick auf die Gemeinschaft erforderliche Differenzierung vornehmen, um so nach dem altpreußischen Grundsatz des suum cuique jedem Volksgenossen und Staatsbürger die ihm gebührende Rechtsstellung zuzuweisen[140].

3. Die Gleichheit vor dem Gesetz im nationalsozialistischen Rechtsstaat.

Genau so, wie der aus dem preußischen Verfassungsrecht übernommene Gleichheitssatz im Weimarer Staat einen Bedeutungswandel erlitten hat[141], besteht die Möglichkeit, daß er auch im nationalsozialistischen Staat einen Bedeutungswandel durchgemacht hat und in veränderter Form fortbesteht.

Ausgeschlossen ist es allerdings, daß der Gleichheitssatz seine ursprüngliche Form eines Grundrechtes wieder erhält. Denn die Grundrechte haben durch die Ueberwindung des Liberalismus ihren Sinn verloren.

Dagegen liegt es nahe, dem Gleichheitssatz wieder die Bedeutung zuzuweisen, die er im antiliberalen preußischen Staat gehabt hat, an dessen Tradition der nationalsozialistische Staat wieder anknüpft. Dies setzt aber voraus, daß es den politischen und rechtlichen Grundauffassungen des Nationalsozialismus entspricht, den Gleichheitssatz als eine Richtschnur für die rechtsanwendenden Organe, d. h. für die Verwaltung und Rechtsprechung anzusehen.

In der Seele des deutschen Volkes ist von jeher das Gefühl von Recht und Gerechtigkeit besonders stark vorhanden gewesen. Eine Volksgemeinschaft, die in so großem Maße von der Rechtsidee beherrscht wird, kann nur bestehen, wenn der einzelne Volksgenosse gegen willkürliche Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden gesichert wird, und er andererseits auch sein Recht suchen und finden kann. Eine unterschiedliche Handhabung in der Anwendung der Gesetze im Einzelfalle oder gar die Bevorzugung eines Teiles der Volksgenossen in ihrer Stellung vor dem Gesetz würde nicht

[140] Vgl. Koellreutter, Deutsches Verfassungsrecht, S. 88.
[141] Vgl. die Ausführungen des dritten Teiles der Arbeit.

nur den Verfall des Rechtes, sondern auch den der Volksgemeinschaft selbst nach sich ziehen. Die Rechtssicherheit ist die Grundlage eines jeden Staatslebens. Sie verlangt ein gewisses Maß von Bestimmtheit, Berechenbarkeit und Einheitlichkeit der richterlichen Entscheidungen[142]. Dieser Grundsatz muß aber eine gewisse Einschränkung im Strafrecht erfahren, da die begründete oder unbegründete Voraussicht des dolos handelnden Täters, er werde nicht bestraft werden, außer Betracht zu bleiben hat, wenn nicht Ungerechtigkeit herrschen soll. Voraussetzung für die Rechtssicherheit ist eine positive Rechtsordnung, die dem Rechtsideal des Volkes weitestgehend entspricht und vom Richter unparteiisch und konsequent angewandt wird. Der nationalsozialistische Staat hat diesem Erfordernis z. B. bei der Strafrechtsreform Rechnung getragen. Das Rechtsgefühl verlangte eine Ausweitung der Strafbarkeit über die positive Norm hinaus. Dem wurde mit der Einführung der Analogie (§ 2 STGB.) entsprochen. Zur Aufrechterhaltung der Rechtssicherheit findet sich aber die Einschränkung, daß die Handlung nicht nur nach gesundem Volksempfinden, sondern auch nach dem Grundgedanken eines positiven Strafgesetzes Bestrafung verdienen müsse.

Auch die Beibehaltung des objektiven Tatbestandes als der Grundlage der Strafbarkeit im kommenden Strafrecht ist auf den Gedanken der Rechtssicherheit zurückzuführen, wenn auch die übernommene Bildung tatsbestandsmäßige Typen häufig eine gerechte Beurteilung der Strafwürdigkeit durch den Richter gehindert hat und hindern wird. Die Idee der Rechtssicherheit findet in dem das Gegenstück zu Artikel 109 I RV bildenden Punkt 9 des Parteiprogramms der NSDAP. mit den Worten Ausdruck: „Alle Staatsbürger müssen gleiche Rechte und Pflichten besitzen"[143]. Eine Volks- und Rechtsgemeinschaft kann nur bestehen, wenn allen Teilen der Gemeinschaft „das Recht und der Schutz des Gesetzes gemeinsam und gleich gewährleistet ist"[144]. Die Rechtsüberzeugung des Volkes, die der Nationalsozialismus als grundlegend für die Rechtsgestaltung der politischen Lebensgemeinschaft anerkennt, verlangt zur Wahrung der Gerechtigkeit die gleichmäßige Handhabung des Gesetzes durch die gesetzesanwendenden Behörden. In dieser Form ist der Gleichheitssatz mit der nationalsozialistischen Weltanschauung vereinbar und kann er Fortbestand haben.

Aber nicht nur die Gerechtigkeitsanschauungen des deutschen Volkes verlangen die gleichmäßige Rechtsanwendung, auch andere Gründe erheischen sie gebieterisch.

---

[142] Vgl. Schöne, Arch. öff. R. N. F. 25, 278.

[143] Vgl. Herrfahrdt, Verfassungsgesetze usw. S. 46/47.

[144] Vgl. die Rede des Ministerpräsidenten Göring v. 13. 11. 1934, DAZ. Nr. 533, v. 14. 11. 1934.

Wäre der Richter oder der Verwaltungsbeamte in der Lage, nach seinem Belieben in Einzelfällen von der Anwendung eines Gesetzes abzusehen, so würde die Bedeutung des Führergrundsatzes an einer der wichtigsten Stellen des Staatslebens durchbrochen werden. Das Gesetz ist der niedergeschriebene Wille des Führers und für den Richter verbindlich. Würde der Richter oder Verwaltungsbeamte das Gesetz mißachten, so würde er den Gehorsam verweigern und dem Führer gegenüber die eidlich zugesicherte Gefolgschaftspflicht verletzen. Das nicht nur für den Einzelfall ergangene Gesetz macht es den gesetzeanwendenden Behörden zur Pflicht, in den sämtlichen von dem Gesetz betroffenen Tatbeständen dem Willen des Gesetzes und damit zugleich des Führers entsprechend zu verfahren, d. h. das Gesetz in allen Fällen, also gleichmäßig anzuwenden. Der in einem Gesetz niedergelegte Führerbefehl verlangt notwendigerweise gleichmäßige Anwendung des Gesetzes durch die Rechtsprechung und Verwaltung. Den vom Führer zur Regelung einer abstrakten Vielzahl von Tatbeständen erlassenen Gesetzen ist also die gleichmäßige Anwendung immanent.

Auch das Wesen des nationalsozialistischen Staates als „Rechtsstaat“[145] erfordert die Gleichheit bei der Rechtsanwendung. Der nationalsozialistische Staat ist ein Rechtsstaat, weil die Auffassung vom Staat und die Gerechtigkeitsidee dieselbe Wurzel in der Volksgemeinschaft haben und die Staatsgestaltung im Einklang mit der Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft geschieht[146]. Die im Rechtsstaat erforderliche Harmonie zwischen dem Wollen des Staates und der Rechtsidee, der Gerechtigkeit, macht es erforderlich, daß der Staat nach Möglichkeit dem Rechtsideal entspricht. Verlangt die Gerechtigkeit die gleichmäßige Anwendung der Gesetze, so kann sich dem der Staat nicht auf die Dauer widersetzen, ohne zum Machtstaat zu werden.

Damit gelangen wir zu dem Ergebnis, daß auch im nationalsozialistischen Rechtsstaat Gleichheit vor dem Gesetz, d. h. Gleichheit bei der Rechtsanwendung herrschen muß[147].

Dies bedeutet kein uneingeschränktes Zurückkehren zu dem Gleichheitssatz in der Bedeutung, wie sie in der Vorkriegszeit und noch im Weimarer Staat von Anschütz vertreten worden ist. Die gleichmäßige Anwendung der Gesetze kommt nur in Betracht, wo sie mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit innerhalb der Volksgemeinschaft und zur Wahrung der in dieser herrschenden Gerechtigkeitsvorstellungen er-

---

[145] Koellreutter, a. a. O.

[146] Vgl. Koellreutter, Dt. Verfassungsrecht S. 12; Schöne, a. a. O. S. 266 ff.; Schmitt, In Frank NS.-Handb. S. 9/10.

[147] Im Ergebnis übereinstimmend: Koellreutter, Grundriß S. 105; derselbe: Dt. Verfassungsrecht S. 87.

forderlich ist. Dies ist aber nur unter Rechtsgenossen der Fall, die der gleichen völkischen Lebens- und Rechtsordnung angehören. Die Forderung nach der gleichmäßigen Anwendung der Gesetze kann deshalb nicht bedeuten, daß dieser Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz stets auch auf außerhalb der Volksgemeinschaft stehende Personen Anwendung zu finden habe. Die Verweigerung von Rechtsschutz oder die Nichtanwendung eines Gesetzes kann zwar auch in solchen Fällen gegen die Gerechtigkeitsanschauungen der Volksgemeinschaft verstoßen. Dann allerdings ist die gleiche Behandlung und die Gleichstellung mit den Volksgenossen vor dem Gesetz geboten. Liegt aber der Tatbestand so, daß die Rechtsüberzeugung des Volkes der Gleichbehandlung des außerhalb der Volksgemeinschaft Stehenden zuwiderläuft, dann liegt in der Verweigerung des Rechtsschutzes oder in der nicht gleichmäßigen Anwendung des Gesetzes kein Verstoß gegen das Erfordernis von der Gleichheit bei der Rechtsanwendung, weil sonst wiederum die Rechtssicherheit in Gefahr wäre und die Volksgemeinschaft unnötigen Spannungen und Gefährdungen ausgesetzt sein würde. Gleichheit vor dem Gesetz bedeutet demgemäß grundsätzlich nur Gleichheit bei der Rechtsanwendung unter den Mitgliedern der völkischen Gemeinschaft.

Das Ergebnis der vorliegenden Arbeit läßt sich mithin in folgenden Sätzen zusammenfassen:

Der in Artikel 109 I RV niedergelegte Rechtssatz der Gleichheit vor dem Gesetz gilt auch im nationalsozialistischen Rechtsstaat bei der Anwendung der Gesetze durch Richter und Verwaltungsbehörden. Die Bindung der rechtsanwendenden Behörden besteht grundsätzlich nur gegenüber Mitgliedern der völkischen Lebensordnung, gegenüber außenstehenden Personen nur insoweit, als dies die Rechtsüberzeugung des deutschen Volkes verlangt.

Lebenslauf

Am 19. September 1909 wurde ich, Arno Lungwitz, als Sohn des am 8. Dezember 1935 zu Berlin verstorbenen Verwaltungsamtmannes Arno Lungwitz und seiner Ehefrau Else, geb. Springer, in Kiel geboren. Ich bin arischer Abstammung und evangelischer Konfession.

Nach mehrfachem, durch die dienstlichen Versetzungen meines Vaters bedingten Schulwechsel, verließ ich Ostern 1929 die Oberrealschule in Seesen am Harz, um mich in Berlin selbständig auf die Reifeprüfung vorzubereiten. Ostern 1930 bestand ich die Reifeprüfung an der Oberrealschule Berlin-Mariendorf als Extraner. Von Ostern 1930 bis Winter 1935 studierte ich in Berlin und Marburg Rechts- und Staatswissenschaften. Am 20. Juni 1936 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht in Kassel.

Buchdruckerei Silesia, Berlin NO 55, Marienburger Straße 28